



Università di Genova

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA

XXXV CICLO - CURRICULUM PUBBLICISTICO

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO PENALE

**LA CORRUZIONE PRIVATA NEL DIRITTO
PENALE EUROPEO. MODELLI DI TUTELA E
NORME ADOTTATE.**

RELATORE: PROF. ANNAMARIA PECCIOLI

CANDIDATO: CRISTIANO CORDONE

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I	6
I FONDAMENTI PER LO STUDIO DELLA CORRUZIONE PRIVATA E GLI STRUMENTI SOVRANAZIONALI DI CONTRASTO	6
PARTE I	6
PROLEGOMENA ALLA CORRUZIONE PRIVATA	6
1. La corruzione come Medusa che tutto risucchia...	6
2. ...E il suo carattere mercantilistico	8
3. Il rapporto di agenzia e il conflitto di interessi “qualificato” come presupposto della corruzione tra privati	11
4. Le ragioni dell’incriminazione della corruzione tra privati: istanze di moralizzazione, l’onda lunga delle privatizzazioni e gli strumenti sovranazionali	17
5. La corruzione privata nella scienza sociale: fra diritto e criminologia...	22
6. ...E le sue conseguenze macro e microeconomiche. I possibili contesti in cui nasce la corruzione privata	27
7. La nuova frontiera della corruzione intraorganizzativa	32
8. La corruzione privata e due progetti mai nati: <i>Corpus Iuris 2000</i> e <i>Eurodelikte</i>	36
PARTE II	41
GLI STRUMENTI SOVRANAZIONALI DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE PRIVATA	41
9. Gli strumenti sovranazionali: uno sguardo d’insieme	41
10. Le convenzioni internazionali e la tipizzazione della corruzione come fattispecie unilaterale	46
11. L’Azione comune e la Decisione quadro eurounitaria: un’armonizzazione cogente in materia di contrasto alla corruzione privata	49
12. La Decisione quadro eurounitaria: qual è l’oggetto della tutela penale?	55
13. La Convenzione del Consiglio d’Europa e l’approccio “integrato” nella lotta contro la corruzione	60
14. La Convenzione dell’ONU: un’occasione persa per la corruzione privata	66
15. Le convenzioni internazionali sulla corruzione privata e lo “strano caso” degli Stati Uniti	70
16. I modelli di corruzione privata e le classificazioni della dottrina	73
CAPITOLO II	77
LA CORRUZIONE FRA PRIVATI NELL’OTTICA PRIVATISTICA: I MODELLI PATRIMONIALISTICO E LEALISTICO	77
1. Introduzione ai modelli patrimonialistico e lealistico...	77
2. ...E loro critica	80
3. Il concetto di patrimonio nella fattispecie di corruzione privata	83
4. Il modello lealistico puro francese: dall’art. 177 del vecchio codice penale al previgente art. 152-6 del <i>Code du travail</i>	86
4.1. La trasposizione della norma dell’art. 152-6 del <i>Code du travail</i> , la sua scarsa applicazione e l’abrogazione nel 2005	88
5. Il Portogallo e il modello lealistico evoluto...	92
5.1. ...Aperto alla concorrenza nella sua forma aggravata	97
6. L’Olanda e il modello lealistico figlio dell’art. 152-6 del <i>Code du travail</i>	100
6.1. La scarsa effettività del modello olandese e la sua dubbia conformità con gli strumenti sovranazionali	105
7. L’Austria e la corruzione privata: introduzione	111
7.1. Il paragrafo 253 a OSTGB quale espressione (quasi) compiuta del modello patrimonialistico	111
7.2. Alcune considerazioni sul paragrafo 153a OSTGB	116
7.3. La riforma austriaca della corruzione privata e il paragrafo 309 OSTGB	119
8. Brevi riflessioni conclusive sui modelli privatistici	121

CAPITOLO III	123
LA CORRUZIONE PRIVATA NEL MODELLO UNITARIO	123
1. Introduzione al modello unitario	123
2. Gli albori del modello unitario in UK: l'Act del 1906	124
2.1. Il <i>Prevention of Corruption Act</i> del 1916 e la parziale rottura del modello unitario. Le ragioni della riforma delle norme penali anticorruzione	129
2.2. Il lungo cammino verso il <i>Bribery Act</i> : viene mantenuto e rafforzato il modello unitario	134
2.3. Le principali fattispecie del <i>Bribery Act</i> : l'impostazione descrittiva, i concetti di <i>improper performance</i> e di <i>relevant function</i> . Le pene edittali	137
2.4. Le scelte di fondo del <i>Bribery Act</i> : il parziale abbandono del modello agente-principale. Un approccio pragmatico ed eclettico	144
2.5. Analisi di tre aspetti attinenti alla private <i>bribery</i> in UK: <i>corporate hospitality, facilitation payments</i> e <i>commission payments</i>	150
2.6. Considerazioni finali sul <i>Bribery Act</i> : un approccio teorico rigoroso stemperato nella pratica	157
3. Il modello unitario svedese e il peculiare stato sociale scandinavo	161
4. Conclusioni sui modelli unitari: limiti e pregi	165
CAPITOLO IV	168
LA CORRUZIONE PRIVATA NEL MODELLO PUBBLICISTICO	168
1. Il significato dell'espressione "modello pubblicistico"	168
2. Il modello pubblicistico e la concorrenza leale: quali sono i beni realmente tutelati?	169
3. Il modello pubblicistico oltre la concorrenza	174
4. La corruzione privata in Germania: una norma nata nel 1909 attuale ancora oggi. Il paragrafo 299 StGB	176
4.1. Il paragrafo 299 StGB quale modello di tutela della concorrenza...	181
4.2. ...E successivo innesto della variante lealistica nel 2015. Il paragrafo 299 diventa una chimera a due teste	184
4.3. Il paragrafo 299 lascia aperti degli spazi: la corruzione del sanitario e la corruzione sportiva quali norme speciali	187
4.4. Riflessioni conclusive sul sistema tedesco: la modifica del 2015 ha ampliato gli spazi applicativi. I rapporti con l'infedeltà patrimoniale	190
5. Il sistema spagnolo: dall'assenza di una diretta criminalizzazione alla riforma del 2010. Le difficoltà interpretative	192
5.1. La riforma del 2015 supera le difficoltà interpretative	195
5.2. L'unico interesse protetto è la concorrenza	198
5.3. La corruzione sportiva in Spagna	200
5.4. L'art. 286bis del <i>Codigo</i> : norma progressista con alcune criticità. Analogie e differenze col paragrafo 299 StGB	202
6. La Francia: nel 2005 viene abrogato il vetusto art 152-6 del <i>Code du travail</i> e inserita una nuova fattispecie nel codice penale	203
6.1 L'adempimento piano degli obblighi europolitani e il carattere plurioffensivo della nuova fattispecie	209
7. Conclusioni: l'approccio pubblicistico non risulta da solo pienamente soddisfacente. Il problema della corruzione passiva dell'imprenditore	211
CAPITOLO V	215
IL MODELLO ITALIANO DI CORRUZIONE PRIVATA: L'ART.2635 DEL CODICE CIVILE	215
1. L'assenza di una prospettiva di ampio respiro	215
2. La difficile genesi dell'art. 2635: l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità. Una norma nata male	218
3. I tentativi infruttuosi di riforma	225
4. Le sollecitazioni del GRECO e le modifiche del 2012	228
5. L'art. 2635 post 2012: fu vera corruzione?	229

6. La riforma del 2017 “obbligata” dalla Commissione Europea _____	234
7. Il controverso riferimento agli obblighi di fedeltà e la tutela della concorrenza _____	239
8. Conclusioni sulla riforma del 2017: la tutela del patrimonio e della concorrenza restano sullo sfondo, avanza il modello lealistico _____	241
9. La modifica del 2019: ne risulta un modello di stampo francese seppur meno avanzato _____	243
10. I rapporti irrisolti con l’art. 2635bis. L’art. 2635bis quale fattispecie unilaterale _____	251
12. I rapporti controversi fra l’infedeltà patrimoniale e l’infedeltà a seguito di dazione o promessa... _____	261
13. ...E quelli fra l’infedeltà patrimoniale e la corruzione tra privati _____	267
<i>CAPITOLO VI</i> _____	270
CORRUZIONE PRIVATA E IMPRESA _____	270
1. Il contrasto alla corruzione privata: il diritto penale è necessario? _____	270
2. Gli strumenti dell’autoregolamentazioni: i codici etici e i <i>compliance programs</i> _____	275
3. La regolamentazione del <i>whistleblowing</i> : uno strumento di supporto per l’emersione della corruzione (anche privata). La direttiva europea _____	279
4. La certificazione ISO 37001: un ulteriore supporto in chiave anticorruzione _____	286
5. Lo scenario attuale: un’autoregolamentazione sempre più cogente _____	288
6. Corruzione e impresa in Francia. La <i>Loi Sapin II</i> _____	289
7. Corruzione privata e impresa in Italia: il progressivo adeguamento del sistema agli obblighi eurolunitari _____	293
8. Corruzione e impresa in Gran Bretagna. La Sezione 7 del <i>Bribery Act...</i> _____	299
8.1. ...E i <i>deferred prosecution agreements</i> . Il <i>whistleblowing</i> _____	304
9. Riflessioni conclusive: è opportuno un approccio multilivello _____	307
<i>Conclusioni all’esito del lavoro svolto</i> _____	309
<i>BIBLIOGRAFIA</i> _____	318

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha ad oggetto la trattazione della disciplina della corruzione tra privati nelle legislazioni dei principali Stati europei.

La prospettiva prescelta è quella comparatistica, con l'avvertenza che l'analisi avrà allo stesso tempo carattere sincronico e diacronico, dal momento che non si farà riferimento ai soli testi normativi vigenti, ma anche ad articoli abrogati, qualora presentino particolare interesse per lo studio.

Il punto di partenza per la disamina della materia sono le Convenzioni sovranazionali, alle quali è dedicata la seconda parte del Capitolo I, dal momento che esse hanno dato un impulso imprescindibile alla criminalizzazione della *private bribery*, anche se alcuni ordinamenti, come si vedrà, la prevedevano a prescindere dagli impegni assunti con la ratifica degli strumenti in parola. Importanza fondamentale hanno avuto peraltro le norme eurounitarie, le sole a carattere realmente cogente per gli Stati membri.

Per conferire organicità al lavoro l'esposizione è stata suddivisa secondo tre diversi modelli: privatistico, unitario e pubblicistico, all'interno dei quali sono state ascritte, secondo le rispettive caratteristiche, le legislazioni esaminate.

Occorre avvertire però che, a parte alcuni casi che saranno espressamente evidenziati, non sempre è possibile inquadrare in modo esatto le normative di ciascun Paese in uno dei tre paradigmi, dal momento che esse presentano particolari profili e in ogni caso spesso la corruzione privata è disciplinata in più testi. Accanto a una norma "principale", infatti, se ne rinvengono sovente altre di natura settoriale; emblematico è il caso dell'Italia, il cui sistema di contrasto alla corruzione privata è stato definito da autorevole dottrina «pulviscolare»¹, a dimostrazione del fatto che manca la riduzione ad unità, a causa di interventi stratificati nel tempo.

Quest'ultima annotazione, unitamente alla pluralità dei modelli esistenti, è tanto più significativa se si considera il fatto che, come detto, vi sono degli obblighi di incriminazione e di armonizzazione eurounitari.

¹ FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, In www.federalismi.it, 17 novembre 2010, p. 9.

Il punto di osservazione qui adottato è prevalentemente quello della trattazione del rapporto fra corruzione privata e impresa dal momento che, nonostante questo fenomeno può verificarsi anche in contesti diversi dall'esercizio di attività economiche, il suo principale terreno di coltura è proprio l'impresa, come si ricava anche dalla lettura delle Convenzioni sovranazionali. A tale tematica, in modo significativo, è dedicato l'intero ultimo capitolo.

Nelle pagine che seguiranno si cercherà prima di tutto di offrire una definizione della corruzione privata e poi di valutare se, a prescindere dai vincoli eurounitari, la sua criminalizzazione è davvero necessaria, o se invece potrebbero essere sufficienti altri strumenti, come quelli civilistici, amministrativi, nonché l'autoregolamentazione privata, o ancora se essi sono in grado di coesistere in modo armonico col diritto penale.

Altrettanto importante, infine, vista la pluralità dei modelli che si rinvencono oggi in ambito europeo, sarà comprendere se esiste un modello ottimale di contrasto, più efficace degli altri, maturato nella tradizione giuridica di uno specifico Paese, oppure se risulta preferibile un approccio di tipo pragmatico ed eclettico.

CAPITOLO I

I FONDAMENTI PER LO STUDIO DELLA CORRUZIONE PRIVATA E GLI STRUMENTI SOVRANAZIONALI DI CONTRASTO

PARTE I

PROLEGOMENA ALLA CORRUZIONE PRIVATA

SOMMARIO: Parte I: Prolegomena alla corruzione privata

1. La corruzione come medusa che tutto risucchia...- 2. ... e il suo carattere mercantilistico. - 3. - Il rapporto di agenzia e il conflitto di interessi “qualificato” come presupposto della corruzione tra privati. 4. Le ragioni dell’incriminazione della corruzione tra privati: istanze di moralizzazione, l’onda lunga delle privatizzazioni e gli strumenti sovranazionali. - 5. La corruzione privata nella scienza sociale: fra diritto e criminologia... - 6. ...E le sue conseguenze macro e microeconomiche. I possibili contesti in cui nasce la corruzione privata- - 7. La nuova frontiera della corruzione intraorganizzativa - 8. La corruzione privata e due progetti mai nati: *Corpus Iuris 2000* e *Eurodelikte*

1. La corruzione come Medusa che tutto risucchia...

Il fenomeno della corruzione non è limitato a un solo Paese, ma colpisce tutti i sistemi organizzati, perché consiste nel comportamento dell'organo di qualsiasi istituzione, che può essere uno Stato, una Chiesa, un ente pubblico, una comunità internazionale, una società privata, un'associazione di fatto, il quale, dietro illecito compenso, si piega agli interessi di un soggetto esterno².

Questa definizione della corruzione, data da illustre dottrina in uno scritto riguardante la diffusione di questo fenomeno nella pubblica amministrazione italiana, può comunque

² PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana “mani pulite”*, in *Riv.trim. dir.pen. econ.*, 1997, p. 1169 ss.

essere considerata omnicomprensiva e ben adattarsi al campo di indagine del presente lavoro, che concerne esclusivamente la corruzione tra privati.

Altra opinione, sempre analizzando la corruzione in ambito pubblico, con considerazioni senz'altro valide anche per il settore privato, ha sottolineato che la corruzione si manifesta come «male del secolo»³. Si rileva che nei sistemi corrotti i rapporti sociali autentici si indeboliscono, a vantaggio dei contatti, che costituiscono relazioni più superficiali. I contatti possono avere diverse caratteristiche: essere deboli ma comunque duraturi, oppure meramente momentanei.

Quello che è certo, e sotto questo aspetto può condividersi il pensiero in commento, è che i contatti risultano una risorsa preziosa per i soggetti coinvolti in fatti di corruzione: chi ha molti contatti, chi è in grado di allacciarne sempre di nuovi, non soltanto riesce a garantirsi migliori possibilità di mobilità verso l'alto, ma anche ad attuare e a replicare episodi di malaffare.

Altrettanto condivisibile è poi l'assunto per il quale la corruzione determina un allontanamento dei sistemi sociali che ne sono affetti da modelli di convivenza fondati su una cultura civica, per cui il prezzo della tangente è in definitiva pagato dalla collettività.

Uno degli aspetti più rilevanti ed insidiosi della corruzione è che essa diventa, laddove riesce a diffondersi in modo rilevante, un vero e proprio sistema con le sue leggi, capace di autoriprodursi. Quando ciò accade, essa condiziona pesantemente il tessuto sociale e assume, secondo questa dottrina, il volto di una Medusa; tale rappresentazione plastica del fenomeno, paragonato alla creatura mitologica dai tentacoli multiformi che si autoalimenta e forma una spirale dalla quale è difficilissimo districarsi, sembra invero efficace, come anche la considerazione per la quale nella corruzione c'è un abisso morale che travolge e risucchia.

È almeno in parte vero che il prezzo della tangente è la paura, soprattutto quella delle classi dirigenti di perdere il potere.

Nella corruzione, quindi, non ci sono in gioco solo il denaro e la vendita della funzione pubblica o privata che sia, ma anche il timore di perdere la propria posizione economica e sociale⁴.

³ FORTI, *Introduzione. Il volto di Medusa. La tangente come prezzo della paura*, in *Il prezzo della tangente* (a cura di FORTI), Milano, 2003, p. XXI-XXV.

⁴ *Ibidem*, p. XXV.

Queste considerazioni, seppur di stampo moralistico, non sono affatto peregrine: il funzionario pubblico o privato, attraverso l'offerta o la richiesta di una tangente, può misurare efficacemente la propria posizione in un determinato contesto e di conseguenza cercare di acquisire migliori posizioni nella scala sociale o di non perdere quelle già acquisite.

Quanto detto risulta evidente alla luce del fatto che spesso, laddove la corruzione diventa sistema, si formano dei veri e propri comitati d'affari, nei quali ciascun partecipante riceve la propria parte⁵: la tangente viene allora pagata non alla singola persona, ma al comitato, all'interno del quale avverrà poi la spartizione del denaro. È chiaro che, ragionando in quest'ottica, la parte che ciascun membro riceve non ha il valore di mera utilità economica, ma misura anche il "peso" che questi ha nel micro sistema sociale di riferimento; ricevere una percentuale inferiore o addirittura non ricevere nulla ha senza dubbio un'importanza che trascende il denaro.

Si potrebbe quindi sostenere che, specialmente laddove la corruzione diventa sistema, alla sua base non ci sono soltanto i soldi, ma anche complessi equilibri di potere e persino la paura di restare esclusi da un ingranaggio che, per quanto moralmente riprovevole, conferisce una precisa posizione ai soggetti che vi appartengono.

2. ...E il suo carattere mercantilistico.

A prescindere dalle considerazioni di carattere morale, evidenziate nel precedente paragrafo, è opportuno sottolineare che alla base del concetto di corruzione c'è il patto fra due soggetti, uno dei quali esercita una funzione pubblica o privata, avente ad oggetto il mercanteggiamento della funzione: esso veniva comunemente denominato "baratto" e questo spiega perché alla corruzione si faceva in origine riferimento col termine "baratteria" (trattasi di una definizione invalsa soprattutto nel diritto intermedio)⁶. Attraverso il baratto, il funzionario accetta il pagamento o la promessa di un'utilità non dovuta per il compimento di un atto del proprio ufficio o contrario ai propri doveri.

Si potrebbe obiettare che il riferimento alla baratteria è troppo generico, in quanto si tratta di una nozione che deriva dal medioevo, dove non esistevano uno Stato e più in generale una struttura dei pubblici poteri come noi li conosciamo oggi.

⁵ SPENA, *Il turpe mercato*, Milano, 2003, p. 48 ss.

⁶ QUAGLIONI, *Delinquens in officio. Spunti dal diritto comune*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di FORNASARI, LUISI, Milano, 2003, p. 37 ss.

È però altrettanto vero che, per rinvenire una nozione di corruzione suscettibile di adattarsi al settore privato, è necessario scendere fino alle radici del fenomeno e pertanto sembra che la definizione di “baratto” possa essere adatta allo scopo. Questo consente anche di mettere in evidenza il lato mercantilistico della corruzione, che è stata icasticamente definita un «turpe mercato»⁷.

Ad avviso di quest’ultima dottrina, che nonostante il titolo dello scritto affronta il tema non sotto il profilo morale ma giuridico, la corruzione deve essere considerata in un’ottica mercantilistica: essa è un vero e proprio contratto di compravendita, che ha ad oggetto l’esercizio di una funzione. Il soggetto qualificato, nel momento in cui viene corrotto e vende un atto inerente al suo ufficio in cambio di denaro, si comporta come se l’impiego ricoperto gli appartenesse e lui potesse farne liberamente commercio.

L’impiego, l’incarico o la funzione che dir si voglia, vengono considerati dal loro titolare come oggetto di un diritto di proprietà, che può essere mercanteggiato e dal quale si può ritrarre la massima utilità secondo le leggi della domanda e dell’offerta; la logica non è, come dovrebbe essere, quella del servizio, ma del feudalesimo, e questo vale tanto per la corruzione pubblica, della quale si occupa specificamente lo studio, quanto per la corruzione privata. Anche il dipendente di un’entità del settore privato, infatti, non possiede il proprio ufficio come un bene di sua pertinenza e, pur non essendo al servizio della collettività, è tenuto ad un dovere di fedeltà nei confronti del datore di lavoro, dal quale riceve una retribuzione per svolgere determinate mansioni nell’interesse di questo. La logica del feudalesimo, pertanto, può ben attagliarsi anche alle imprese private.

La concezione mercantilistica è particolarmente pregnante, perché consente di definire in modo essenziale la corruzione per quello che è, ovvero un contratto di compravendita, lasciando in disparte profili quali il decoro, il buon andamento, l’efficienza della pubblica amministrazione, che non hanno rilievo nello svolgimento del presente lavoro.

Adottare il mercantilismo e il contratto di compravendita fra due soggetti quali elementi fondanti della corruzione consente di portarne ad emersione il lato affaristico, che contraddistingue questo fenomeno nel settore privato, e allo stesso tempo di affrontare il discorso senza fare ricorso a toni moralistici. Il mercantilismo, come viene sottolineato, considera la corruzione sotto un duplice aspetto.

⁷ SPENA, *Il turpe mercato*, op. cit..

Il primo, di natura soggettiva, valorizza la comunicazione fra due soggetti, il corrotto e il corruttore, avente ad oggetto lo scambio di un'utilità; la comunicazione deve essere sufficientemente pregnante, nel senso che il corruttore deve mettere in chiaro il motivo per cui il pagamento viene effettuato e allo stesso tempo il corrotto non deve limitarsi ad incamerare l'utilità, ma deve farlo con la precisa consapevolezza della causa per cui questa è stata data.

L'aspetto oggettivo, che non può essere comunque disgiunto da quello soggettivo, riguarda il contenuto della comunicazione intercorrente fra i due soggetti: l'oggetto dell'accordo deve infatti essere chiaro, perché è necessario che i paciscenti convengano in modo esplicito l'utilità destinata al corruttore, cioè l'atto che questi riceverà in cambio della tangente. Queste dinamiche, si aggiunge, possono avvenire anche in modo tacito, soprattutto laddove la corruzione diviene sistema e allora potrebbe darsi che i due soggetti non abbiano nemmeno bisogno di parlarsi, ma che lo scambio avvenga sulla base di una comunanza di intenti, che potrebbe essere definita un *in idem placitum consensus*.

A tal proposito si riporta questo passaggio particolarmente pregnante in merito alla corruzione privata rinvenuto nel corso della ricerca: «i fenomeni di corruzione privata sono tutti riconducibili ad un comune denominatore di matrice mercantile...è sempre necessario uno scambio avente rilievo economico...sia in ambito societario...sia all'esterno di ogni attività organizzata, ma sempre in ambito commerciale, dove assume i contorni di richiesta o di offerta ingiustificata di un sovrapprezzo alla controparte, per indurla a concludere un contratto a condizioni diverse da quelle predeterminate per legge: è il caso dell'inquilino che offre una somma aggiuntiva in nero per indurre il proprietario a stipulare un contratto di locazione che altrimenti non stipulerebbe»⁸.

La ricostruzione mercantilistica del fenomeno corruttivo sembra condivisibile, dal momento che quella alternativa, ovvero il paradigma clientelare⁹, che ritiene sufficiente il semplice passaggio di denaro o di un'altra utilità al soggetto qualificato semplicemente in ragione della carica da lui ricoperta, è troppo sfumata per essere accolta quale base metodologica di un lavoro in materia di corruzione; questo aspetto sarà peraltro

⁸ ZANNOTTI, *La corruzione privata: una riflessione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind.pen.*, 2005, p. 535.

⁹ SPENA, *Il turpe mercato*, *op. cit.*, p. 20-21.

ulteriormente approfondito nel paragrafo riguardante gli aspetti sociologici della corruzione privata.

La concezione mercantilistica, che pare dunque quella più adeguata a descrivere i fatti di corruzione fra privati, in definitiva non è altro che un'elaborazione teorica più raffinata della baratteria medioevale.

Del resto, qualora si aderisse alla tesi clientelare, il termine corruzione assumerebbe un significato troppo ampio, comprendendo fattispecie diverse quali per esempio l'evasione fiscale o l'infedeltà patrimoniale¹⁰, non consentendo di circoscrivere in modo chiaro l'oggetto del presente lavoro.

Per comprendere meglio il fenomeno della corruzione fra privati, però, un'analisi della tematica in relazione ai soli rapporti fra corrotto e corruttore sarebbe troppo restrittiva, in quanto bisogna fare riferimento anche al conflitto di interessi che si viene a creare nell'ambito del rapporto di "agenzia" del quale è titolare il soggetto qualificato (cfr. il paragrafo successivo), nonché al contesto economico-normativo di riferimento, caratterizzato dalla crescente privatizzazione di vasti settori del sistema economico, per cui numerosi fatti di corruzione che ieri interessavano pacificamente la PA oggi tendono a rifluire in ambito privatistico.

3. Il rapporto di agenzia e il conflitto di interessi "qualificato" come presupposto della corruzione tra privati.

Quale premessa necessaria dei concetti che saranno di seguito esposti occorre innanzitutto chiarire che il presupposto della corruzione è la presenza di una relazione di "agenzia", per cui le caratteristiche essenziali del fenomeno corruttivo sono la violazione di un dovere o di un obbligo relativo alla posizione occupata dal soggetto corrotto e l'aspettativa di ottenere un beneficio quale contropartita.

Questo vale non solo a prescindere dal fatto che si verta in materia di corruzione pubblica o privata, ma anche dalla disciplina che ciascun ordinamento appresta allo scopo di reprimere i fenomeni corruttivi. Può infatti parlarsi di corruzione propria, impropria, antecedente, susseguente, istigazione alla corruzione, corruzione quale fattispecie unilaterale

¹⁰ VOLK, *Gli elementi della corruzione e gli errori nel combatterla*, Heidelberg, 1999, p. 4-5; si fa espresso riferimento, nel riportare queste considerazioni, anche alla corruzione fra privati, menzionando la condotta di persone che hanno compiti pubblici o privati e che violano i propri doveri per ottenere utilità non dovute.

o bilaterale, a seconda delle scelte fatte dai vari Stati in materia di incriminazione ma, quale che sia il modello prescelto, non sembra potersi prescindere dalla circostanza che il corrotto debba essere titolare di un rapporto di agenzia, il cui contenuto si andrà adesso a chiarire.

La relazione di agenzia non deve essere intesa in termini strettamente tecnici quale contratto tipico, quale è per esempio quello regolato dal codice civile italiano agli artt.1742ss., ma in senso ampio: ciò significa che il corrotto deve essere investito della cura degli interessi di un altro soggetto, il “principale”, in forza di qualsivoglia titolo giuridico.

Il titolo potrebbe essere un rapporto di lavoro subordinato, circostanza senz’altro più comune, ma non solo: basti pensare ai rapporti di parasubordinazione, di prestazione d’opera professionale (è il caso per esempio degli amministratori di società), di mandato, di agenzia intesa nel senso civilistico del termine; anche fonti di obbligazione quali la gestione di affari altrui e il contatto sociale qualificato potrebbero peraltro costituire il substrato sul quale si innesta un fatto di corruzione privata.

Ciò che si intende sottolineare è il fatto che non è richiesto un rapporto di lavoro, ma è invece necessario che l’agente debba tutelare degli interessi rilevanti per la fattispecie incriminatrice, cioè sia incaricato della loro cura in forza del ruolo che riveste in un determinato contesto sociale; individuare a priori la veste giuridica che il rapporto di agenzia deve avere non è peraltro possibile, considerata la libertà che i soggetti hanno di concludere dei contratti atipici, in forza dei quali una delle parti assume degli obblighi nei confronti di un’altra, suscettibili di essere violati a fronte della dazione o della promessa di un’utilità non dovuta da parte di un terzo.

In questo senso, attenta dottrina che ha studiato la corruzione privata ha accolto la seguente definizione: il soggetto passivo X è corrotto dal soggetto attivo Y se accetta o concorda l'accettazione di un’utilità da parte di Y, in cambio di un atto di X o dell'accordo di compiere un atto conforme a un qualche interesse di Y¹¹. Ciò avviene mediante la violazione di un dovere fiduciario al quale X è tenuto in forza dell'ufficio che ricopre e della sua posizione o del suo ruolo in una determinata attività.

Questa nozione, seppur farragginosa, appare completa e permette di compiere un passo ulteriore rispetto a quanto era stato esposto nella trattazione della corruzione quale modello mercantilistico; non ci si limita infatti a sottolineare la conclusione del *pactum sceleris*, la

¹¹ LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, p. 9-10.

dazione o la promessa di qualcosa di valore che non è dovuto, la contrarietà dell'oggetto del *pactum* ai doveri del corrotto, ma il cono di luce viene ampliato oltre la semplice relazione fra corrotto e corruttore, mettendo bene in evidenza che il soggetto qualificato sta violando i suoi doveri scaturenti da un pregresso rapporto, che è stato denominato in senso lato di "agenzia".

In modo simile altra dottrina ha affermato che le due condizioni richieste affinché sussista la corruzione sono le seguenti: la prima concerne la natura del rapporto che intercorre da una parte tra il membro di un'organizzazione incaricato di prendere determinate decisioni, che può essere denominato agente o mandatario (chiunque occupi una funzione, sia egli un politico, un dirigente o un funzionario) e dall'altra parte il titolare degli interessi per i quali l'organizzazione opera, soggetto denominato mandante o principale (questo può essere il proprietario, il sovrano, il popolo, la collettività). La seconda condizione riguarda invece la distinzione tra potere interno all'organizzazione e potere esterno: ogni sistema ha delle regole e il soggetto che le viola perché indebitamente remunerato dall'esterno commette un fatto di corruzione¹².

Quanto esposto sopra ci aiuta a comprendere che la corruzione è un fatto di relazione, caratterizzato dalla presenza di un soggetto, il corrotto, che intrattiene due diverse relazioni con due soggetti diversi riguardo allo stesso bene della vita.

La prima di queste relazioni, oggetto del rapporto di agenzia come sopra inteso, è considerata esclusiva: è quella ufficiale e rappresenta il presupposto necessario della corruzione. La seconda relazione, non ufficiale, costituisce la corruzione: essa si verifica quando l'agente conclude con un corruttore un accordo avente ad oggetto l'accettazione, la promessa o l'offerta di una utilità non dovuta in cambio di qualcosa, ovvero l'esercizio di un potere, l'adempimento o l'inadempimento di un dovere che rientra nella relazione di agenzia. La corruzione si consuma col mero accordo, in quanto non si richiede l'esecuzione del *pactum sceleris*, né che il soggetto qualificato venga effettivamente remunerato¹³.

È necessario porre in rilievo il fatto che, quando si consuma un episodio di corruzione privata, soprattutto nel momento in cui l'*intraneus* compie effettivamente quanto concordato col terzo, sorge un vero e proprio conflitto di interessi.

¹² DELLA PORTA, *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992, p.13 ss.

¹³ SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2007, fasc. 4, p. 807-808.

Il mandatario-agente sarebbe infatti tenuto, in forza della relazione giuridica che lo vincola al mandante-principale, ad agire nel suo esclusivo interesse, ma non lo fa, perché si verifica quello che si potrebbe definire, mutuando una terminologia cara al diritto amministrativo, uno sviamento di potere. Il soggetto, infatti, decide di pretermettere gli obblighi di fedeltà che lo legano al suo principale a causa dell'interferenza di una terza persona, con la quale conclude un accordo corruttivo.

Il diritto civile, come si vedrà in modo più approfondito nel secondo capitolo, appresta degli strumenti per risolvere il conflitto di interessi (che può derivare o meno dalla collusione con un terzo), prescrivendo nella maggior parte dei casi l'annullabilità del contratto; in talune circostanze, però, il legislatore ritiene insoddisfacente il solo diritto comune, facendo intervenire lo strumento penale.

È questo il caso in cui il conflitto trasmoda in una collusione col terzo a seguito dell'offerta, della promessa o del pagamento di una somma di denaro. Al semplice conflitto di interessi, alla semplice collusione, si aggiunge pertanto la "nota corruttiva": ecco perché, alla base della corruzione privata, c'è un conflitto di interessi che è stato definito qualificato, appunto, dalla dazione o dalla promessa di un'utilità (o prezzolato)¹⁴. Mentre negli altri casi, in disparte altre condotte quali la truffa che possono comunque assumere rilievo penale, il semplice conflitto di interessi trova pacificamente disciplina e rimedi nel codice civile, il pagamento della tangente fa sì che esso diventi *bribe*¹⁵ e quindi per ciascun ordinamento si pone il problema di stabilire entro quali limiti esso costituisca reato.

Come vedremo nel corso del presente lavoro, dove saranno esaminate le codificazioni dei principali ordinamenti europei, le soluzioni adottate non sono uniformi, nonostante la presenza di uno strumento di armonizzazione eurounitario¹⁶.

¹⁴ MILITELLO, in relazione alla fattispecie previgente nell'ordinamento italiano dell'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, aveva denominato i fatti di corruzione fra privati quali "infedeltà prezzolata", in *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art.2635)* in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002, p. 498 ss. Di conseguenza potrebbe anche parlarsi, in relazione alla corruzione fra privati, di conflitto di interesse prezzolato, espressione che sembra equivalente a quella di conflitto di interessi qualificato dal pagamento di una tangente.

¹⁵ In merito al conflitto di interessi, ai rimedi civilistici e all'estensione dello strumento penale con particolare riguardo all'ordinamento italiano si rimanda al Capitolo I di FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori nel rischio conflittuale*, Napoli, 2020.

¹⁶ Cfr. par.11.

Un ragionamento simile è stato sviluppato tempo addietro da autorevole dottrina¹⁷ che, facendo riferimento però al solo ambito delle società commerciali, aveva messo in evidenza che in taluni casi non solo il diritto civile, ma anche il diritto penale allora vigente (per esempio la fattispecie di appropriazione indebita) erano insufficienti a sanzionare le condotte degli amministratori infedeli che, in cambio di un'utilità non dovuta, perseguivano gli interessi di terzi. In questi casi, infatti, a differenza dell'appropriazione indebita, il profitto non proviene dal patrimonio della società amministrata, ma da un soggetto esterno. Di conseguenza «la contropartita ricevuta dal terzo fa sì, semplicemente, che all'infedeltà dell'amministratore si aggiunga un momento di corruzione»¹⁸. Queste riflessioni fanno comprendere il fatto che la corruzione privata possa essere ragionevolmente qualificata da un punto di vista dogmatico quale infedeltà prezzolata.

L'aver ricondotto la corruzione alla violazione dei doveri derivanti da un rapporto di "agenzia" (come sopra spiegato), a fronte della dazione o promessa di una utilità non dovuta e in definitiva quindi ad un conflitto di interessi qualificato dalla presenza di una tangente o prezzolato che dir si voglia, consente da un lato di ricostruire un paradigma unitario del fenomeno corruttivo, valido tanto per il settore pubblico quanto per quello privato¹⁹, dall'altro di portare ad emersione un altro profilo studiato dalla dottrina che si è occupata in modo specifico rispetto alla corruzione privata: si tratta della tematica del "terzo escluso".

La dottrina in parola²⁰ sottolinea che la corruzione è un delitto che, oltre a deludere le aspettative del principale, che si vede "tradito" dall'agente infedele, delude anche quelle di altri soggetti, i terzi appunto, i quali hanno interesse a che l'agente utilizzi il potere a lui conferito in modo conforme alle regole²¹. Proprio dal bisogno di tutela da parte del terzo

¹⁷ PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 1953, p. 529 ss.

¹⁸ *Ibidem*, p. 547.

¹⁹ Nella corruzione privata, infatti, non è possibile fare riferimento alla lesione dell'imparzialità, del decoro e del buon andamento della PA, che costituiscono il fondamento dell'incriminazione della corruzione in ambito pubblico.

²⁰ FORTI, *La Corruzione fra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 287 ss; lo stesso scritto è stato pubblicato anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1162 ss.

²¹ Per meglio comprendere la tematica dell'esclusione del terzo, della delusione delle sue aspettative e delle asimmetrie informative si è fatto l'esempio di un venditore che, a seguito del pagamento di una tangente da parte di un produttore, esalti presso la clientela le caratteristiche dei beni oggetto dell'accordo corruttivo, a scapito di altri pure da lui venduti. Il cliente ritiene infatti che l'imprenditore agisca in maniera obiettiva, elargendo buoni consigli, ma in questo caso la consulenza è "falsata" dal pregresso accordo corruttivo, del quale il cliente, a causa dell'asimmetria informativa che esiste fisiologicamente, è all'oscuro. In tal modo non solo il corretto funzionamento del mercato viene alterato, ma le aspettative del cliente vengono deluse. (cfr.

scaturisce la necessità di una repressione della corruzione tra privati almeno in parte conformata al modello pubblicistico. La peculiarità della posizione dei terzi è che all'interesse sopra richiamato si accompagna l'assenza di informazioni adeguate in merito alle modalità con le quali si svolge il rapporto fra agente e principale: vi sono quindi aspettative e interessi ai quali fa da contraltare un'asimmetria informativa. Questi concetti, che possono apparire generici, meritano di essere meglio specificati, in modo da comprendere chi siano questi terzi.

Nella corruzione pubblica i terzi esclusi sono tutti i consociati che, pur non avendo strumenti di controllo sul modo in cui operano i soggetti preposti alla cura della cosa pubblica, si aspettano nondimeno che essi adempiano correttamente ai loro doveri e in quanto cittadini hanno l'interesse, seppur di fatto, al buon andamento della PA; nel caso della corruzione privata essi possono invece essere identificati nei creditori, negli investitori, negli azionisti, nei concorrenti, nei contraenti e così via.

Queste riflessioni, pur condivisibili, postulano però, ed è necessario chiarirlo, l'adesione ad un modello di contrasto alla corruzione privata che trascende il mero rapporto agente-principale, aprendosi alla tutela di interessi ulteriori: trattasi dell'opzione dichiaratamente pubblicistica, come si vedrà alla fine del capitolo²².

A questo punto ci si potrebbe però chiedere se l'intervento penale è davvero necessario per tutelare gli interessi "esterni" dei terzi esclusi dal rapporto di agenzia.

La risposta sembra essere affermativa, dal momento che non sempre il principale provvede a controllare l'operato dei propri agenti secondo le aspettative dei terzi; mentre in alcuni casi questo accade per incapacità, in altri ancora succede, e questo è il profilo più delicato, perché l'interesse dell'impresa ad esercitare un controllo nei confronti dei suoi dipendenti risulta tanto minore quanto maggiori sono i vantaggi che essa può ottenere dalle loro infedeltà.

L'esercizio di una costante sorveglianza comporta infatti notevoli costi per l'azienda e inoltre esistono alcuni mercati nei quali l'elusione dei vincoli formali da parte degli operatori risulta particolarmente vantaggiosa²³. Proprio per questi motivi, in considerazione del fatto

DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e diritto comparato*, in *La Corruzione fra privati*, op. cit., p. 67-68).

²² Cfr. par.16.

²³ Il fatto che talvolta il datore di lavoro non ha interesse a controllare l'operato dei propri dipendenti e anzi approfitta dei fatti di corruzione da loro commessi per pagare stipendi più bassi e per fidelizzare i clienti è ben

che vi sono situazioni nelle quali l'interesse dell'impresa a generare profitti e a controllare la fedeltà dei dipendenti non collimano, si presenta con chiarezza la necessità di porre rimedio all'esclusione del terzo, dovuta alla asimmetria informativa alla quale si è fatto cenno, attraverso lo strumento penale.

Tutelare i terzi esclusi, in definitiva, significa tutelare interessi di natura pubblicistica e questa ricostruzione è un modo elegante per esprimere in modo omnicomprensivo tutti gli interessi esterni all'impresa che i fatti di corruzione privata mettono in pericolo: si deve pensare, infatti, sviluppando meglio il ragionamento di cui sopra, non solo ai concorrenti e ai consumatori, che magari si vedranno offerti gli stessi beni a prezzi più alti, ma anche ai piccoli azionisti o ai detentori delle quote di un fondo di investimento, nel caso in cui i soggetti corrotti siano gli amministratori, che a quel punto perseguiranno scopi diversi dalla *bona gestio* della società o del fondo. Soggetti quali risparmiatori e piccoli azionisti, se individualmente sono portatori di un diritto soggettivo alla tutela dei rispettivi patrimoni, nel loro insieme esprimono interessi collettivi che non possono essere negletti, pena la crescita di disfunzioni nel mercato.

4. Le ragioni dell'incriminazione della corruzione tra privati: istanze di moralizzazione, l'onda lunga delle privatizzazioni e gli strumenti sovranazionali.

L'opportunità, o in modo ancora più stringente la necessità, di adottare norme penali per contrastare la corruzione fra privati è stata al centro di un dibattito che si è dipanato soprattutto negli ultimi due decenni.

Le ragioni sottostanti all'incriminazione di queste condotte sono essenzialmente tre: quelle etico-morali, il cambiamento del ruolo dello Stato e infine l'adozione di strumenti sovranazionali, che perlomeno per il nostro Paese hanno svolto un ruolo decisivo; questi ultimi, e in particolare quelli dell'OCSE e dell'Unione Europea, sottolineano l'importanza che un efficiente contrasto alla corruzione privata può avere sul buon funzionamento del mercato, profilo che è stato seppur sinteticamente richiamato alla fine del paragrafo precedente.

espresso da BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, fasc.1, p. 5-11.

Per quanto riguarda il primo aspetto, occorre considerare che l'introduzione della fattispecie di corruzione privata (il caso italiano è emblematico), è avvenuta in un momento particolare della vita nazionale, dove i consociati erano fortemente preoccupati per i fatti venuti alla luce con l'esperienza giudiziaria denominata "Tangentopoli" o "Mani Pulite" e quindi, a prescindere dagli obblighi di incriminazione eurounitari, vi era una forte spinta alla moralizzazione della vita sociale²⁴.

Alla corruzione come male sociale si riferisce un altro esponente della dottrina²⁵, il quale evidenzia che nei confronti del fenomeno corruttivo si registra una accresciuta sensibilità sociale, con riferimento anche alla retorica del tramonto delle virtù civiche. La corruzione, come viene evidenziato, si manifesta oggi in due modi diversi: non vi è soltanto la corruzione burocratica, avente ad oggetto l'atto amministrativo oggetto del mercimonio, ma c'è anche quella affaristica, caratterizzata da un flusso di denaro prodotto da una rete di scambi corruttivi, forma ancora più pericolosa.

Queste riflessioni paiono simili a quelle commentate nel primo paragrafo, soprattutto con riferimento alla dannosità della corruzione sullo "stato morale" del Paese, laddove si specifica che la corruzione affaristica è espressione di un vero e proprio capitalismo malato, locuzione meno evocativa della già richiamata Medusa, ma comunque espressione di una visione pessimistica.

Nello scritto in commento, che fa riferimento unicamente al fenomeno in ambito pubblico, non si ravvisa peraltro una cesura netta fra la corruzione amministrativa e quella affaristica, ma piuttosto una linea di continuità: la corruzione dei pubblici ufficiali, prima episodica o comunque anche se diffusa contenuta nelle dimensioni, in quanto deputata a piccoli traffici, è oggi diventata sistema e muove somme di denaro sempre più ingenti, a fronte delle quali l'atto amministrativo, che comunque deve essere presente, tende a scolorire.

Prima di analizzare gli altri aspetti, occorre specificare che il dibattito sull'incriminazione della corruzione privata ha interessato quasi esclusivamente la dottrina e non è mai diventato argomento di discussione o dominio pubblici, per cui potrebbe dirsi che lo sdegno popolare nei confronti dei fatti di "Mani Pulite" e più in generale della *mala*

²⁴ MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 5-6. Egli, nel trattare le prospettive di incriminazione della corruzione fra privati, evidenzia però notevoli criticità, come si avrà modo di sottolineare più avanti.

²⁵ PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. Pen.*, 2015, fasc. 10, p. 389 ss.

gestio dei pubblici funzionari hanno avuto ben poco a che vedere con questa tematica, confinata nel campo di analisi degli specialisti del diritto e, come vedremo, anche della criminologia.

Sicuramente maggiore importanza nelle scelte del legislatore sovranazionale e di quelli dei vari Stati europei hanno avuto i processi di privatizzazione e liberalizzazione, che hanno caratterizzato gli ordinamenti europei a partire dagli anni '90 del secolo scorso.

Se da un lato le privatizzazioni riducono potenzialmente la corruzione pubblica, dall'altro rappresentano una occasione di scambi illeciti, col rischio che alla corruzione pubblica si sostituisca quella privata²⁶. In modo più articolato si è argomentato che oggi il ruolo dello Stato è profondamente mutato, in quanto si è passati da uno Stato imprenditore a uno Stato regolatore post keynesiano, col possibile generale affievolimento dei controlli a detrimento dei “terzi esclusi” ai quali sopra si è fatto cenno²⁷ e la conseguente necessità di apprestare nuovi strumenti di tutela.

Il cambiamento del ruolo dello Stato ha anche dei riflessi di natura tecnica, in particolare con riguardo all'applicazione dello statuto penale della pubblica amministrazione alle attività privatizzate e ai suoi limiti.

Alcuni decenni fa, quando lo Stato partecipava molto più attivamente alla vita economica, in settori prima riservati all'iniziativa economica privata, si poneva ugualmente il problema della estensione della nozione di pubblico ufficiale. Si trattava di stabilire se la disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione dovesse applicarsi soltanto all'attività pubblica di stampo tradizionale, o se le stesse esigenze di tutela valessero anche per tutte quelle attività che, pur condotte in forme privatistiche, avevano finalità non dissimili da quelle esercitate direttamente dallo Stato.

Parte della dottrina paventava il pericolo, criticando alcune tendenze della giurisprudenza, di un allargamento in misura eccessiva dei reati contro la pubblica amministrazione ad attività tradizionalmente di natura privata allora esercitate dallo Stato²⁸. Oggi, in un quadro molto diverso dal precedente, poiché lo Stato tende a ritirarsi sempre più dalla gestione diretta delle attività economiche, assumendo piuttosto il ruolo di regolatore,

²⁶ LA ROSA, *Corruzione privata, op. cit.*, p. 6.

²⁷ FORTI, *La Corruzione tra privati, op. cit.* p. 338-341.

²⁸ CONSO, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 349 ss.

si pone lo stesso problema evidenziato, ossia l'estensione della latitudine dello statuto penale della pubblica amministrazione, con la differenza che in precedenza la problematica era discussa in relazione ad attività un tempo private, poi passate alla mano pubblica, mentre oggi si considera il caso di società pubbliche privatizzate non solo di diritto, ma anche di fatto²⁹.

Un'ulteriore criticità è data dalla circostanza che la nozione di pubblico servizio ha ormai assunto dei connotati molto diversi da quelli originari e si presenta sfuggente. La figura dell'incaricato di pubblico servizio appare infatti di difficile definizione, il che presenta problemi di compatibilità con i principi di legalità e prevedibilità. Pertanto, in mancanza di un intervento chiarificatore del legislatore, la magistratura ha spesso esercitato un'azione di supplenza, circostanza che, seppur comprensibile e persino scontata in un settore, quale il diritto pubblico dell'economia, dove il ruolo dell'interprete è difficilmente sostituibile, non deve condurre ad un *rule making* di impronta giudiziaria. Per questi motivi, ovvero certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni dei giudici, è stato invocato un intervento normativo in materia di corruzione fra privati³⁰. In tal modo si evitano due possibili conseguenze negative che potrebbero essere determinate dal processo di privatizzazione: da un lato lasciare senza tutela penale una rilevante area di interessi e dall'altro estendere, in modo ampio e non sempre prevedibile per i consociati, lo statuto penale della pubblica amministrazione, con possibili tensioni col principio di legalità costituzionale e convenzionale³¹.

Una incidenza ancora maggiore nel contrasto alla corruzione privata hanno avuto infine gli strumenti internazionali, che verranno analizzati con maggiore dettaglio nei paragrafi successivi³² dopo avere trattato altre due questioni che meritano considerazione: il modo in

²⁹ Cfr. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, 2010, p. 40-41, dove si sottolinea che il problema aveva iniziato a presentarsi già nel momento in cui era iniziato il processo di privatizzazione formale, con la costituzione di società per azioni, alle quali in alcuni settori ha fatto poi seguito la privatizzazione sostanziale.

³⁰ *Ibidem*, p. 243-244.

³¹ Altra dottrina (cfr. ZANNOTTI, *La corruzione privata, op. cit.*) evidenzia la necessità di un intervento del legislatore in un contesto nel quale il processo di privatizzazione ha trasformato strutture pubbliche in soggetti di diritto privato, che però continuano a svolgere attività di interesse pubblico. Le privatizzazioni, se da un lato hanno ridotto il campo di applicazione della corruzione amministrativa, dall'altro hanno fatto sorgere nuove esigenze di tutela della collettività, col rischio che il vuoto venga colmato con operazioni di ortopedia giuridica da parte della magistratura.

³² Si fa riferimento alle fonti eurounitarie (Azione Comune del 1998 e Decisione quadro del 2003), alla Convenzione del Consiglio d'Europa e a quella delle Nazioni Unite.

cui la corruzione privata è stata riguardata sotto il profilo socio-criminologico e la possibile nuova frontiera della corruzione intraorganizzativa.

In questa sede si possono estendere solo alcune riflessioni su queste iniziative: i negoziati condotti nelle diverse sedi sovranazionali in materia di corruzione hanno per lo più riguardato il settore pubblico, mentre quello privato ha assunto un ruolo meramente ancillare. Basti pensare infatti che lo strumento predisposto dall'ente internazionale per eccellenza, le Nazioni Unite, considera facoltativa per gli Stati l'incriminazione della corruzione privata e i soli strumenti che in definitiva si occupano esclusivamente di questo fenomeno sono stati concepiti in ambito eurounitario.

Nel momento in cui però in seno alle organizzazioni internazionali si è deciso di dar vita a codificazioni in materia di corruzione pubblica, non è stato possibile eludere del tutto quella afferente al settore privato, probabilmente nella consapevolezza del fatto che si tratta di fenomeni interconnessi e che spesso gli attori di entrambe le fattispecie sono in definitiva gli stessi³³. In chiave comparatistica si può accennare al fatto che, mentre alcuni Stati già prevedevano la corruzione fra privati come reato e quindi le Convenzioni sono state occasione per il perfezionamento di un diritto già esistente, per altri Stati, quali ad esempio l'Italia, la Spagna e il Portogallo, esse hanno costituito la ragione principale, e forse anche unica, per l'introduzione di nuovi istituti, sia a seguito della *moral suasion* esercitata in seno al Consiglio d'Europa, sia soprattutto a causa degli stringenti obblighi comunitari, assistiti dalla previsione di una procedura di infrazione in caso di inadempimento.

Prima di proseguire è però necessaria una precisazione terminologica. Secondo parte della dottrina parlare di "corruzione privata" risulta ambiguo, perché in realtà solo il percettore della tangente deve essere sprovvisto di qualifica pubblicistica e pure incerta sarebbe la definizione di "corruzione nel settore privato", per cui sarebbe meglio parlare di "corruzione privata"³⁴. Nel presente lavoro, tuttavia, per fare riferimento al fenomeno, si utilizzeranno indifferentemente tutte le locuzioni citate.

³³ BESSA VENDA, *Reflexoes sobre os crimes de corrupcao no setor privado -uma tutela da concorrancia?* In *Ab Instantia, Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 2017, fasc.7, p. 150. Questo scritto, nel discorrere del pregiudizio che la corruzione privata causa alla concorrenza, sembra suggerire tra l'altro che corruzione pubblica e privata sono due facce della stessa medaglia.

³⁴ LA ROSA, *Corruzione privata, op. cit.*, p. 8.

5. La corruzione privata nella scienza sociale: fra diritto e criminologia...

In questo paragrafo si cercherà, seppur brevemente, di analizzare il fenomeno corruttivo con particolare riguardo al settore privato sotto la lente della scienza sociale, mettendo in evidenza sia le possibili cause della corruzione, tanto a livello di scelte del singolo individuo quanto a livello di sistema, sia le conseguenze del fenomeno, per poi accennare ad alcune delle teorie generali che sono state elaborate.

La corruzione, si sottolinea, non è infatti una fattispecie di creazione artificiale da parte del legislatore, ma è innanzitutto un fatto umano, nei confronti del quale i vari ordinamenti, a seconda delle latitudini, adottano definizioni più o meno estese e sanzioni di diversa gravità: si potrebbe quindi affermare che si tratta di un vero e proprio “reato naturale”.

Essa può essere senz'altro annoverata tra i cd. reati dei colletti bianchi, ovvero crimini commessi solitamente da persone di alto status sociale e che spesso integrano una vera e propria violazione della fiducia che un altro soggetto ripone nella loro correttezza³⁵; la dannosità di questi fenomeni, che pure dovrebbe essere evidente, spesso non viene però percepita dalla società, con la conseguenza che la risposta penale non è adeguata e di fatto non si creano le condizioni per sradicarli³⁶. Tuttavia i *white collars*, nel momento in cui agiscono illecitamente, non si conformano alle regole accettate dalla società, ma mettono in atto dei comportamenti sottoculturali, scegliendo opzioni diverse da quelle generalmente approvate³⁷: ciò costituisce però un paradosso, perché la società tende a minimizzare la gravità delle condotte di chi sceglie in modo consapevole di aderire a valori diversi da quelli comunemente accettati.

La scarsa percezione sociale, almeno per quanto concerne la corruzione privata, può essere spiegata dal fatto che essa si presenta in molte forme spesso sfuggenti: tangenti, pratiche che tendono piuttosto all'estorsione, commissioni la cui debenza è molto dubbia, regali, favori, pagamenti facilitati, nepotismo, uso illegittimo di informazioni riservate, uso indebito di influenza per modificare valutazioni o *rating* di vario genere, nonché in altre infinite forme. Il pagamento, finalizzato a raggiungere gli scopi più disparati, quali ad esempio ottenere informazioni, migliori termini di transazione, una promozione, un

³⁵ Proprio la violazione della fiducia, come si vedrà, assume una importanza fondamentale nella corruzione privata, laddove si faccia riferimento soprattutto ai modelli patrimonialistico e lealistico.

³⁶ GEIS, MEIER, *White collar crimes*, New York, 1977, p. 51-63; per una trattazione “classica” della tematica si rimanda a SUTHERLAND, *White collar crime*, New York, 1949.

³⁷ MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir.pen. e processo.*, 2008, p. 775 ss.

licenziamento di qualcuno, indurre professionisti indipendenti come analisti finanziari, *auditors e accountants* a violare i loro doveri, convincere un giornalista a pubblicare, non pubblicare o pubblicare in un determinato modo una certa notizia, può avvenire in denaro, in natura, o può persino consistere nell'esercizio di una influenza indebita³⁸.

Ciò che si rileva dai contributi bibliografici commentati nel presente paragrafo è la seguente suggestione: nel momento in cui si parla di corruzione fra privati nella scienza sociale non si fa soltanto riferimento alla dazione di somme non dovute ad un agente affinché questi compia un atto contrario ai propri doveri di ufficio, ma si tende ad ampliare oltremodo il concetto, dando rilievo a fatti di favoritismo che, seppur censurabili sotto il profilo morale, non possono tecnicamente essere sussunti alla corruzione; questo sembra dovuto a due motivazioni principali.

Innanzitutto, come attenta dottrina ha sottolineato, nel momento in cui si fuoriesce dal campo degli studi penalistici il concetto di corruzione tende a dilatarsi, fino a comprendere fatti sociologicamente affini, ma diversi sotto il profilo giuridico, quali ad esempio concussione, traffico di influenze illecite, clientelismo, nepotismo e così via³⁹; se il terreno di coltura dei fatti precedentemente elencati spesso è il medesimo della corruzione, nondimeno occorre, ai fini del presente lavoro, tenere separati i concetti.

Secondariamente, come emerge anche dai contributi citati, la maggior parte degli studi in materia sono di matrice anglosassone e fanno quindi riferimento a sistemi giuridici nei quali esiste una distinzione fra *corruption* (concetto molto ampio che abbraccia fenomeni contigui quali ad esempio *nepotism, fraud, embezzelment*)⁴⁰ e *bribery*, che invece costituisce la corruzione nel senso più stretto del termine; ciò significa che spesso gli studi di riferimento

³⁸ ANGARDONA, *Private to private corruption*, in *Journal of business ethics*, 2003, vol.47, fasc.3. Questi fa tra l'altro l'esempio, quale fatto di corruzione privata, di un *chief executive* di una azienda che ha aiutato, tramite una donazione, un ragazzo ad ottenere l'iscrizione in una scuola esclusiva, mentre in cambio il padre del ragazzo, che esercitava la professione di *auditor*, ha aumentato in modo indebito il *rating* dell'impresa dove lavorava il *manager* al fine di fargli ottenere una commessa. Altra dottrina sottolinea il problema dell'esistenza, nella corruzione privata, di una insidiosa e sfuggente zona grigia, costituita per esempio dai regali finalizzati ad ottenere un'attenzione o un favore, che in determinati contesti costituiscono una pratica diffusa; un regalo, si sostiene, a volte può mettere in chi lo riceve una pressione psicologica ancora maggiore rispetto ad una tangente. (Cfr. PAKSTAITIS, *Private sector: corruption, realities, difficulties of comprehension, causes and perspectives, the Lithuanian approach*, in *Crime, law and social change*, 09/2019, vol.72, fasc.2). Angardona, nel contributo sopra citato, evidenzia inoltre che anche la semplice accettazione di un pagamento non dovuto, pur con l'intenzione di agire correttamente, può essere un incentivo a far sì che la decisione finale venga poi guidata dal fatto di avere percepito una tangente piuttosto che dall'interesse del principale, dell'azienda o della compagnia di appartenenza.

³⁹ SPENA, *Il turpe mercato*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Una nozione di corruzione in senso ampio è stata per esempio adottata dal *Multidisciplinary Group on Corruption* nell'ambito del *Programme of action against corruption* deciso dal Comitato dei ministri del consiglio d'Europa, nel momento in cui è stata adottata, nel 1994, la *Tentative list of corruption offences*.

adottano quale oggetto di analisi la *corruption* piuttosto che la *bribery*, con tutte le conseguenze del caso. Ad ogni modo, nel dar conto sinteticamente degli studi extrapenali sul fenomeno, si cercherà per quanto possibile di attenersi ad una nozione penalistica di corruzione.

Dal punto di vista sociologico sono state individuate diverse cause idonee a spiegare la corruzione privata⁴¹, che possono essere in via generale suddivise tra fattori ambientali e fattori personali.

Per quanto concerne i fattori ambientali, rileva innanzitutto la cultura diffusa all'interno della società: la corruzione può infatti essere il risultato di un sistema di valori che tollera piuttosto che condannare le attività correlate alla corruzione. Sotto questo aspetto sono significative le caratteristiche della società, che può essere più o meno competitiva, il grado in cui i membri della società stessa desiderano evitare o meno l'incertezza, la lealtà fra i gruppi, l'aspetto religioso, in particolare se le persone aderiscono o meno a una religione con caratteristiche gerarchiche, la storia del Paese⁴².

Altro fattore estremamente importante è l'effettività delle sanzioni penali o amministrative, nel senso che gli individui sono maggiormente propensi ad agire in modo corrotto laddove non vi siano norme efficienti per combattere la corruzione, oppure la risposta sanzionatoria non venga percepita come probabile. In questo senso può sostenersi che la corruzione privata è un "reato efficiente": se il coltetto bianco, corrotto o corruttore, agisce in un contesto criminale orientato al calcolo del rapporto fra i costi e i benefici, probabilmente si comporterà in modo opportunistico, modulando i propri comportamenti sulla base del rischio di incorrere in sanzioni penali.

Tuttavia il problema assume aspetti ancora più complessi laddove la criminalità di impresa, specialmente quella che afferisce ai fenomeni corruttivi, si sviluppa in un contesto

⁴¹ RABL, *Private Corruption and its Actors*, Lengerich, 2008.

⁴² Uno studio ha per esempio cercato una correlazione fra il sesso di appartenenza e la corruzione fra privati, rilevando un legame positivo fra corruzione e *masculinity*, perlomeno nei settori ad alto reddito. L'indagine è stata estesa anche riguardo alle credenze religiose e si è rilevato un maggior tasso di corruzione nei Paesi cattolici ad alto reddito; la spiegazione fornita è che i Paesi cattolici sarebbero fortemente gerarchizzati e questo scoraggia la crescita di un senso di responsabilità individuale, con la conseguente maggiore sfiducia nei confronti della società rispetto ai Paesi dove la maggior parte della popolazione aderisce alle Chiese riformate. (GUTMANN, VIOLA, *Private sector corruption, measurement and cultural origins*, in *Social indicators research*, 2018, fasc.138, vol.2). Questo studio, che si fonda su presupposti metodologici rigorosi ma risalenti nel tempo e quindi non necessariamente idonei a descrivere con precisione la realtà attuale, in particolare il rapporto fra religione e corruzione in Paesi che sono oggi ampiamente laicizzati, dimostra comunque lo sforzo della scienza sociale di fornire un inquadramento esaustivo della corruzione privata.

riconducibile ad un modello “economico-indifferente”; in un ambiente come questo la corruzione è alimentata da una vera e propria sottocultura d’impresa, per cui la minaccia di pena non viene adeguatamente percepita dagli attori in gioco, che sembrano non tenerne conto nel momento in cui agiscono in modo corrotto⁴³. L’esito di queste ultime affermazioni, se assunto come vero, sarebbe sconcertante per il giurista, in quanto ne discenderebbe la scarsa efficacia dello strumento penale, anche di quello meglio calibrato. Dove però il diritto è destinato ad arrestarsi, sono possibili interventi nel campo dell’etica, per rafforzare i principi morali sui quali la società, comprese le attività economiche, dovrebbe reggersi⁴⁴.

La scienza sociale ha peraltro sottolineato che occorre valutare anche aspetti di natura oggettiva diversi da quelli culturali sopra accennati, senz’altro più chiaramente percepibili, come per esempio la struttura dell’economia, la ricchezza del Paese e la sua distribuzione. È stato rilevato a tal proposito che nei sistemi economici evoluti ed estremamente competitivi diminuisce il livello di corruzione, mentre laddove invece vi è scarsa libertà di iniziativa economica e vi sono restrizioni da parte dei poteri pubblici è più facile che le persone siano spinte ad agire in modo corrotto. D’altra parte, anche i fattori organizzativi influenzano la diffusione dei fenomeni corruttivi; in particolare dal punto di vista empirico si è giunti alla conclusione che la maggiore complessità delle organizzazioni può creare opportunità di corruzione, come del resto situazioni nelle quali gli impiegati godono di ampia discrezionalità nel condurre gli affari di loro competenza, perché in tal modo hanno l’opportunità di dare una interpretazione favorevole alle regole stabilite dalla loro organizzazione in cambio della ricezione o della promessa di pagamenti illeciti.

Se, come abbiamo rilevato, la maggiore o minore effettività delle sanzioni può avere un ruolo importante, altrettanto può dirsi in merito alla cultura: la volontà di agire in modo corrotto dipende infatti anche dal clima etico dell’organizzazione nella quale l’individuo si trova ad operare; pertanto, mentre la mancanza di valori può agevolare la corruzione, dall’altra parte chiari principi possono servire come punto di riferimento. La mancanza di moralità può derivare d’altronde non solo dal singolo individuo, ma anche dalla *leadership* dell’organizzazione: dei *leaders* che non rispettano le norme danno il cattivo esempio e spesso creano una situazione che conduce inevitabilmente alla crescita di comportamenti

⁴³ MANNOZZI, *Combattere la corruzione*, op. cit., p. 779.

⁴⁴ Come sottolinea parte della dottrina, nonostante la gravità delle sue conseguenze, la corruzione privata è stata per lungo tempo considerata un affare interno alle imprese. Oggi, dal momento che questa visione è stata abbandonata, sarebbe importante educare le persone a comportamenti moralmente corretti e a riconoscere come sbagliata la corruzione (cfr. GOPINATH, *Recognizing and justifying private corruption*, in *Journal of business ethics*, 2008, vol.82, fasc. 3).

non etici anche da parte dei loro sottoposti; si può quindi ragionevolmente sostenere che la corruzione alimenta a sua volta la corruzione e che il livello di corruzione percepita in una organizzazione influenza il comportamento dei singoli individui⁴⁵.

Accanto ai fattori etici, sociali, economici e organizzativi, di natura “collettiva” e già esaminati, anche quelli personali hanno un loro peso nella determinazione dei fenomeni corruttivi: si pensi ad aspetti soggettivi quali l'individualismo, l'egoismo, la mancanza di etica pubblica, la mancanza di valori, il desiderio di ricchezza, la mancanza di moralità, elementi che sicuramente aumentano il rischio di corruzione nel settore privato⁴⁶.

Sono state studiate, pur senza ottenere delle risposte certe, le correlazioni tra le caratteristiche delle singole persone e la corruzione; si è infatti cercato di comprendere se fattori variabili quali l'età, il sesso, l'istruzione, il posto di lavoro, l'esperienza lavorativa, possano in qualche modo influenzare la commissione di atti di corruzione privata. Quello che è certo, anche se è impossibile effettuare una misurazione esatta, è che aspetti come quelli sopra elencati, ai quali possono aggiungersi il desiderio di potere, di ricchezza, l'insoddisfazione per la propria situazione lavorativa, le ambizioni di carriera, influenzano in modo decisivo il comportamento dei singoli individui a prescindere dalle condizioni sociali, benché alcuni attribuiscono le conseguenze del loro comportamento a sé stessi, mentre altri tendono invece ad attribuirle ad altre persone o alle circostanze esterne, come per esempio i fattori ambientali.

La scienza sociale, nonostante l'impegno profuso, non è riuscita finora a dare risposte certe in merito alle cause della diffusione della corruzione fra privati e all'entità della sua

⁴⁵ La correlazione fra il ruolo della *leadership* e la corruzione nel settore privato, come sottolinea parte della dottrina, non sempre è ben chiaro: la dottrina in questione (GUTMANN, VIOLA, *Private sector, op. cit.*), pur partendo dall'ipotesi di lavoro per la quale la corruzione privata sarebbe correlata positivamente a una *self serving leadership* e negativamente al supporto di una *prosocial leadership*, rilevano che in realtà, mentre la prima tipologia di *leadership* è effettivamente correlata a più alti livelli di corruzione, specialmente nei Paesi ad alto reddito, la seconda non ha effetti significativi sulla corruzione. Questa dottrina ritiene inoltre che il fenomeno della corruzione privata, sotto il profilo sociale, debba ancora essere studiato a fondo, essendo le sue conseguenze ancora in gran parte sconosciute. Sarebbe necessario quindi approfondire gli studi in materia per rispondere alle seguenti domande: come si regolano le imprese di fronte alla corruzione privata? I prezzi di mercato sono più alti quando c'è corruzione privata? Quali sono gli effetti della corruzione privata sull'accesso al mercato, sulla competizione fra le aziende e sull'innovazione? Come deve rispondere il legislatore alla corruzione privata? Si può quindi rilevare che questo studio richiama all'attenzione il fatto che, nonostante si possa intuire facilmente che la corruzione privata abbia conseguenze negative sul mercato e sulla società nel complesso, e forse sostenere il contrario non sarebbe ragionevole, cosa ben diversa è condurre una analisi rigorosa sul piano metodologico che dimostri in modo attendibile il *quantum* di questi effetti.

⁴⁶ I reati dei colletti bianchi, più in generale, secondo una impostazione teorica, deriverebbero da un conflitto di valori tra le strutture economiche e quelle sociali, per cui il *white collar criminal* sarebbe una persona che, agendo in accordo d'accordo con altre, ritiene che i suoi comportamenti siano normali, se non addirittura giustificati (cfr. GEIS, MEIER, *White Collar, op. cit.*, p. 58).

estensione: anche se sono stati esaminati tutti i diversi possibili parametri individuali e collettivi, dalla cultura sociale, imprenditoriale, al sesso, alla religione, al sistema politico, i risultati ottenuti non possono considerarsi definitivi.

Il citato studio di Gopinath del 2008, *Recognizing and justifying private corruption*, può però offrire degli interessanti spunti di riflessione. Esso mette infatti in evidenza che la prospettiva dei singoli attori è di natura prettamente economicistica, in quanto essi tendono a valutare i rapporti fra i costi e i benefici del loro comportamento e in generale si conformano alla morale del luogo in cui agiscono.

Vi è infine un aspetto di notevole importanza anche sotto il profilo giuridico: mentre la corruzione dei pubblici ufficiali è ovunque percepita come disdicevole, non altrettanto può dirsi per quella fra privati. Ciò ha avuto delle conseguenze in ambito normativo, in quanto essa è stata introdotta in tutti gli ordinamenti successivamente a quella pubblica ed è ovunque punita meno severamente.

6. ...E le sue conseguenze macro e microeconomiche. I possibili contesti in cui nasce la corruzione privata.

A prescindere dal modo in cui gli aspetti ambientali e personali possono influenzare gli individui nella commissione di determinate azioni, oggetto di discussione nel paragrafo precedente, è evidente che i fenomeni di corruzione privata hanno gravi conseguenze sia sulla società nel suo complesso sia sulle organizzazioni. Vediamo brevemente quali.

Per quanto riguarda la società, si può senz'altro dire che la corruzione indebolisce la fiducia nella funzionalità del sistema legale e di quello economico e in più crea le condizioni per la diffusione di una più ampia disuguaglianza. Questo fenomeno, inoltre, danneggia il sistema economico, gli investimenti interni ed esteri, perché le imprese, nel momento in cui programmano un determinato investimento, tengono conto di tutti i fattori di rischio, compreso il pagamento di tangenti fra privati. Questa incertezza è anche alimentata dal fatto che spesso il pagamento di una tangente non comporta automaticamente la garanzia che la controparte rispetterà l'accordo. Mentre i mercati richiedono certezza, stabilità e prevedibilità, le tangenti funzionano come una tassa occulta e comportano la distruzione di posti di lavoro e una cattiva allocazione delle risorse. A trarne vantaggio non sono naturalmente le imprese più efficienti, ma quelle che sono in grado di trarre i maggiori profitti da un sistema che premia il pagamento di tangenti. La distorsione della concorrenza

può condurre a una concentrazione del potere economico e alla crescita dei monopoli, col risultato di una più bassa qualità dei prodotti offerti.

Queste tematiche, cioè la distorsione del mercato e in definitiva il malfunzionamento del sistema economico, costituiscono le principali ragioni per cui gli strumenti sovranazionali, ai quali si è già fatto cenno e che saranno esaminati nei successivi paragrafi in modo più dettagliato, hanno previsto, seppur con diversa forza cogente, l'incriminazione della corruzione fra privati e sono anche il fondamento di quell'indirizzo teorico, che può definirsi "pubblicistico", per il quale la corruzione privata deve essere incriminata soprattutto in quanto danneggia non solo il soggetto del quale il corrotto dovrebbe curare gli interessi, ma anche ulteriori terzi, quali i concorrenti, gli azionisti di minoranza, fino a ridondare nel complessivo sistema economico.

Oltre ad avere conseguenze macroeconomiche, la corruzione tra privati ha delle conseguenze negative anche sull'efficienza delle singole imprese: una crescita più lenta, costi di transazione più alti, con ricadute soprattutto sulle aziende di dimensioni minori, perché queste spesso operano in mercati estremamente competitivi e quindi risentono di un sistema economico corrotto a monte a causa dei comportamenti scorretti delle imprese di maggiori dimensioni.

I risultati complessivi sono quindi una perdita di competitività nell'organizzazione dell'impresa e una cattiva allocazione delle risorse, oltre al rischio reputazionale, laddove i fenomeni corruttivi vengano scoperti. Se ciò accade esiste la concreta possibilità che l'impresa coinvolta debba sostituire il *top management* e affrontare i costi di una riorganizzazione, oltre al rischio di venire espulsa dalle associazioni industriali o professionali. Non può escludersi naturalmente che in determinati casi alcune imprese possano trarre giovamento dalla conclusione di accordi corruttivi, ma questo non toglie nulla al fatto che la corruzione privata, se considerata nel suo insieme, ha delle conseguenze negative tanto sul sistema economico quanto sulle singole imprese.

I rimedi nei confronti di questo fenomeno, come è stato rilevato, possono includere strategie sia di carattere amministrativo sia di carattere legale⁴⁷.

Le strategie amministrative consistono nell'adozione di procedure volte a rendere difficile per le persone sfruttare il sistema per ottenere vantaggi personali, l'aumento della

⁴⁷ KLEINIG, HEFFERMAN, *The corruptibility of corruption*, in *Private and public corruption*, Oxford, 2004, p. 3 ss.

trasparenza all'interno delle organizzazioni (codici etici e *compliance programs*, tematiche che saranno approfondite nello svolgimento del presente lavoro⁴⁸), sistemi tali da rendere le persone responsabili per le loro azioni, in modo da diminuire la tentazione e le opportunità di agire in modo corrotto.

Le strategie legali riguardano invece l'introduzione di sanzioni verso determinati comportamenti illegali, quali per esempio la corruzione e l'estorsione. È stato tuttavia rilevato in modo pessimistico che, sebbene la corruzione sia una cosa negativa, non è necessariamente il male peggiore e che il costo della sua eliminazione potrebbe essere eccessivamente elevato. Questa affermazione, secondo la quale la corruzione in determinati casi potrebbe essere considerata il male minore, riguarda però soltanto casi estremi⁴⁹.

Riguardo agli scenari ipotetici nei quali si dipanano i fenomeni corruttivi, con considerazioni che valgono non solo riguardo al settore pubblico ma anche a quello privato, ne sono stati identificati quattro⁵⁰.

Nel primo vi sono i Paesi ricchi, con economie di mercato liberalizzate, dove i fatti di corruzione si caratterizzano soprattutto per lo scopo di ottenere incarichi o influenzare chi detiene potere, piuttosto che per effettuare delle operazioni al di fuori del sistema; in questi Paesi, mentre appare più difficile corrompere i soggetti pubblici o privati, nel momento in cui il *pactum sceleris* viene invece stretto è molto probabile che il soggetto corrotto mantenga poi la promessa, fornendo il bene o il servizio oggetto dell'accordo.

Tuttavia, in alcuni nei Paesi sviluppati, come per esempio l'Italia ai tempi dello scandalo "Mani Pulite", esiste un modello leggermente diverso dal primo, in quanto se da un lato si tratta di società avanzate, dall'altra parte i fenomeni di liberalizzazione non possono dirsi ancora completati, col risultato che il potere è detenuto da ristrette *élites* politiche, cosicché la corruzione in questo caso può essere utilizzata come sistema col quale le stesse *élites* difendono lo *status quo* per impedire la nascita di soggetti competitori. Nello svolgimento di questo lavoro si farà peraltro riferimento agli strumenti giuridici adottati per combattere

⁴⁸ Cfr. Capitolo VI par.2.

⁴⁹ La stessa dottrina del resto, (KLEINIG, HEFFERMAN, in *The corruptibility op. cit.*), portano quale esempio quello delle persone che durante il nazismo aiutavano gli Ebrei a fuggire dalle persecuzioni dietro il pagamento di tangenti.

⁵⁰ JOHNSTON, *Comparing corruption: participation, institutions and development*, in *Private and public corruption, op. cit.*, p. 275 ss.

la corruzione privata esclusivamente nei Paesi più avanzati, quindi a società che appartengono ai due modelli sommariamente descritti.

Per completezza si rileva che la dottrina in questione⁵¹ ha identificato altri due modelli, ovvero quello dei sistemi politici ed economici in transizione, che si caratterizzano per un debole quadro istituzionale, nel quale gli sforzi per combattere la corruzione si risolvono spesso in pretesti per eliminare gli avversari politici, e infine sistemi che hanno visto una rapida liberalizzazione dal punto di vista economico, alla quale non ha però fatto seguito un'apertura del sistema politico: in questo quadro la corruzione, tanto pubblica quanto privata, è un sistema lucrativo per estrarre risorse dal sistema interno e per drenare gli aiuti provenienti dall'estero⁵².

Questi spunti di riflessione, ai fini del presente lavoro, sono utili specialmente riguardo al nostro Paese dove, nonostante i *policymakers* abbiano scelto di liberalizzare il sistema economico e di privatizzare per quanto possibile l'imponente settore pubblico, il processo non può ancora dirsi completato, con la conseguenza che vi sono numerosi settori nei quali vi è ancora una notevole commistione fra pubblico e privato. In un modello a liberalizzazione incompleta, in linea generale, sotto il profilo penalistico le linee di intervento che sembrano più urgenti sono essenzialmente due: una migliore definizione della nozione di incaricato di pubblico servizio, tematica che esula però dal presente lavoro, e un intervento effettivo in materia di corruzione privata, per non lasciare privi di tutela fatti che in precedenza venivano ricondotti pacificamente alla corruzione pubblica. Ciò non toglie, naturalmente, che i medesimi problemi potrebbero presentarsi anche nei Paesi con economie di mercato pienamente liberalizzate.

Oltre alle tassonomie di natura politologica esposte da Johnston e in precedenza richiamate, occorre sottolineare che per spiegare la corruzione fra privati si è fatto uso di diversi modelli più propriamente sociologici⁵³.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Per una diversa impostazione cfr. ZHE, ZHANG, *Does corruption hinder private business? Leadership stability on predictable corruption in China*, in *Governance*, Oxford, fasc.30, 2017, dove si sostiene che, perlomeno in Paesi come la Cina che non sono liberalizzati, la stabilità della *leadership* può contribuire a contenere i fenomeni corruttivi, dal momento che gli attori economici conoscono già chi devono corrompere e i costi delle tangenti possono essere in questo modo calcolati, mentre un cambiamento nella *leadership* può al contrario causare un aumento della corruzione.

⁵³ RABL, *Private corruption*, cit., p.76 ss. (cfr. il paragrafo precedente, nel quale si è spiegato che il dibattito giuridico, al fine di determinare una nozione di corruzione in senso lato, che possa adattarsi tanto al settore pubblico quanto a quello privato, ha fatto ampio uso del modello agente principale).

Vi è innanzitutto la “teoria agente-principale”, che postula la presenza di tre soggetti: un principale, che è il capo dell'organizzazione per conto della quale agisce un altro soggetto, l'agente, dotato di poteri negoziali, che conclude un contratto con il terzo soggetto, il cliente. Nel momento in cui questo accade, l'agente può comportarsi in modo onesto, tutelando gli interessi del principale, oppure agire, d'accordo col cliente, in modo scorretto, percependo utilità non dovute e così tradendo gli interessi del principale. Questa teoria, che analizza tra l'altro i possibili comportamenti dei clienti, che possono agire in modo onesto o disonesto accordandosi con l'agente, trascura però il fatto che spesso l'agente conclude accordi corruttivi perché viene sollecitato dallo stesso principale o col suo tacito consenso.

Gli altri modelli considerano invece le attitudini personali del soggetto (*Theory of planned behaviour*), oppure i vantaggi e gli svantaggi dei reciproci scambi tra i soggetti, che prima di concludere un accordo corruttivo tengono conto dei costi e dei benefici (*Social exchange theory*), o ancora la Teoria della Anomia, per la quale, laddove il rispetto delle regole sia scarsamente percepito e si ritenga difficile raggiungere gli obiettivi tramite mezzi legittimi e possibile invece raggiungerli attraverso comportamenti illegali, si crea terreno fertile per lo sviluppo della corruzione privata⁵⁴.

La breve esposizione di questi quattro modelli in un lavoro di impronta giuridica non è affatto peregrina, in quanto il primo di questi, la “teoria agente-principale”, è stata accolta anche dagli studiosi del diritto per spiegare la corruzione fra privati.

Nei paragrafi precedenti si è spiegato che, non essendo possibile ricorrere ai concetti usualmente espressi in materia di corruzione pubblica, ovvero la lesione del decoro e del buon andamento della PA, la dottrina penalistica ha fatto riferimento, quale presupposto, alla presenza di un rapporto giuridico fra un “agente” e un “principale”, concetti che non devono essere intesi in senso tecnico; su questo rapporto si innesta poi una violazione dei doveri da parte dell'agente, a seguito di un conflitto di interessi “qualificato” dal pagamento di una tangente da parte di un terzo.

⁵⁴ Per completezza si segnala che, anche per quanto riguarda la corruzione in ambito pubblico, sono stati proposti appositi modelli di analisi. Si è fatto riferimento, per esempio, a una bipartizione fra un modello soggettivo, che prende in considerazione la rappresentazione del fenomeno corruttivo nella pubblica opinione e le opzioni culturali presenti in una certa comunità e un modello oggettivo. All'interno del modello oggettivo si distinguono una concezione economica, per la quale il funzionario considera il pubblico ufficio come un vero e proprio affare, un altro orientamento per il quale il modello corruttivo sussiste ogni volta che un soggetto qualificato sia indotto, mediante denaro o un'altra utilità, a tenere una condotta illecita, danneggiando così il pubblico interesse e infine un'altra ricostruzione che dà rilievo alla violazione dei doveri formali relativi alla pubblica funzione (cfr. SCALIA, *La corruzione. A never ending history*, Torino, 2020, p. 27-30).

Ecco che allora una categoria nata nella scienza sociale, la teoria agente-principale, viene in seguito adottata, con gli opportuni accorgimenti, anche da quella penalistica. Ciò sembra avvalorare un concetto già espresso nelle pagine precedenti, ovvero che la corruzione è innanzitutto un fatto umano, in quanto “reato naturale”.

7. La nuova frontiera della corruzione intraorganizzativa.

Nelle pagine precedenti è stato illustrato, quale presupposto della corruzione tra privati accolto dalla scienza giuridica, la violazione da parte di un “agente” dei doveri di fedeltà nei confronti di altro soggetto, denominato “principale”; si è rilevato che nella maggior parte dei casi il comportamento infedele da parte dell'agente è suscettibile di cagionare un nocumento al principale, tranne in alcuni casi in cui questo non avviene e il principale anzi se ne avvantaggia, ragion per cui non ha interesse ad effettuare controlli sul suo comportamento. Quanto detto postula comunque inevitabilmente che la promessa o la dazione dell'utilità non dovuta provenga da un soggetto estraneo all'organizzazione del principale.

Si richiama adesso l'attenzione su un contributo interessante e comunque unico nel suo genere⁵⁵, dove viene evidenziato il fatto che i fenomeni corruttivi tra privati possono esaurire la loro portata all'interno della medesima organizzazione, senza il coinvolgimento di terzi soggetti; nonostante si faccia riferimento alla responsabilità delle persone giuridiche, il ragionamento può essere utilmente trasposto anche per quanto riguarda la responsabilità penale delle persone fisiche. Occorre altresì premettere che le riflessioni oggetto di commento, riferite all'ordinamento italiano, sono comunque suscettibili di generalizzazione.

Alla base del ragionamento ci sono le modifiche introdotte all'art. 2635 del codice civile⁵⁶ dal decreto legislativo n.38 del 2017⁵⁷, per cui l'accordo corruttivo non solo non richiede più la causazione di un nocumento alla società, ma non esclude che la stessa consegua un vantaggio⁵⁸. Si ritiene allora che, con l'eliminazione del nocumento per la società, possa prospettarsi una responsabilità della persona giuridica anche per corruzione nel settore privato che si esaurisce all'interno della stessa organizzazione, fenomeno definito «corruzione tra privati intraorganizzativa».

⁵⁵ D'ACQUARONE, ROSSI, *Corruzione fra privati: nuovi profili di rischio a livello intraorganizzativo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, fasc.3, p. 9-15.

⁵⁶ Questa norma, come si vedrà, è quella che oggi sanziona in modo più ampio la corruzione fra privati nell'ordinamento italiano.

⁵⁷ Cfr. Capitolo V par. 8.

⁵⁸ DI VIZIO, *La Riforma della corruzione tra privati*, in *Il quotidiano giuridico*, 3 aprile 2017.

Mentre prima della riforma del 2017 ben difficilmente si poteva ipotizzare una responsabilità della società per corruzione tra privati intraorganizzativa, proprio perché per l'integrazione della fattispecie della corruzione fra privati era previsto il nocumento, con la conseguenza che non poteva rappresentarsi il caso nel quale il corrotto e il corruttore facessero parte della stessa società, il fatto che questo elemento sia stato eliminato dalla struttura del reato apre la strada all'estensione della latitudine della corruzione fra privati⁵⁹. È possibile oggi, secondo questa dottrina, ipotizzare una situazione in cui tanto il corrotto quanto il corruttore appartengano alla medesima organizzazione. A questo proposito vengono formulati due esempi, per far comprendere che non si tratta di meri casi di scuola, ma di situazioni che possono realmente verificarsi nella pratica. Vediamo quali.

Nel primo esempio si dà il caso di un'impresa tenuta al rinnovo dell'Autorizzazione Unica Ambientale (AUA). Il delegato ambientale, responsabile per la compilazione del modello per la richiesta dell'AUA, sa che l'impresa non avrebbe i requisiti richiesti, ma lo presenta lo stesso, assumendosene il rischio, dopo che il direttore generale dell'impresa per la quale lavora gli ha dato o promesso una utilità non dovuta. In questo primo caso la condotta corruttiva non presuppone necessariamente la violazione di un codice etico o di condotta da parte dell'impresa, perché essa avrebbe potuto anche non adottarli.

Nel secondo esempio formulato, si fa riferimento al caso in cui i codici sopra richiamati sono stati adottati, e di conseguenza l'accordo corruttivo è finalizzato alla loro violazione. Si ipotizza che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), consapevole della non rispondenza degli strumenti di protezione ai requisiti di legge, accetti di non segnalare al datore di lavoro il problema in cambio della percezione di una tangente, che nel caso di specie consiste nella trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

La disamina si conclude rilevando che la corruzione rappresenta non l'unica, ma soltanto una delle possibili violazioni dei doveri di ufficio a livello intraorganizzativo; spesso infatti la violazione dei doveri viene considerata accettabile o addirittura sollecitata, qualora ne possa derivare un vantaggio per l'impresa.

A questo punto è necessario avanzare qualche riflessione sul modello delineato dagli Autori, che come detto può essere analizzato anche con riguardo alle possibili conseguenze per le persone fisiche, ancor prima che per gli enti, dal momento che la responsabilità della

⁵⁹ D'ACQUARONE, ROSSI, *Corruzione, op.cit.* p. 12-13

persona giuridica postula la commissione di un reato da parte della persona fisica che agisce, secondo la definizione adottata dal legislatore italiano, nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

In questo caso, fermo restando che il comportamento del corrotto va a beneficio (anche) dell'ente, non sembra potersi ipotizzare, *de iure condito*, una responsabilità penale per corruzione privata da parte della persona fisica e quindi di riflesso da parte dell'ente, per la semplice stipulazione o per l'esecuzione dell'accordo. Vi potrà essere, semmai, responsabilità della persona fisica e anche dell'ente, laddove prevista ad altro titolo, per le condotte volte a dare esecuzione all'accordo corruttivo. Richiamando gli esempi proposti, nel primo caso il delegato ambientale potrà rispondere dei reati di falso, nel secondo al responsabile del servizio di prevenzione e protezione potranno essere imputate le contravvenzioni di cui al decreto legislativo n.81 del 2008 ed eventualmente i fatti lesivi che si sono verificati a seguito dall'omissione del dovere di vigilanza; in entrambi i casi la responsabilità dei soggetti ai vertici dell'impresa può essere contestata a titolo di concorso nel reato.

È vero che nella recente riforma dell'articolo 2635 del codice civile è scomparso il riferimento al nocumento per la società, ma si è d'altra parte ritenuto⁶⁰ che nell'interpretazione della predetta norma non si possa omettere di considerare quale presupposto indefettibile di un fatto di corruzione privata la violazione degli obblighi di fedeltà o dei doveri d'ufficio, del resto menzionati *expressis verbis*. Da ciò sembra discendere che il legislatore ha voluto mantenere centralità, nella costruzione della norma, al rapporto tra agente e principale. Si aggiunga poi che nella prospettiva della norma la violazione dei doveri d'ufficio deve comportare, se non un danno, perlomeno una potenzialità lesiva nei confronti della società; è allora chiaro che fra i doveri del dipendente rientra quello di non accettare retribuzioni non dovute da parte di terzi e di conseguenza sono necessarie sia la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, sia la lesività degli interessi del principale.

Ma vi è di più: la lesione della concorrenza, bene di natura pubblicistica che, come si vedrà nei paragrafi successivi, gli strumenti sovranazionali intendono tutelare in modo prioritario, non può essere disgiunta dalla violazione degli obblighi di fedeltà nei confronti del datore di lavoro.

⁶⁰ SEMINARA, *Il gioco infinito, la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, fasc.6, p. 713 ss. e nello stesso senso AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.

Altra dottrina⁶¹, adottando una simile impostazione, ritiene superflua la distinzione tra gli obblighi di ufficio e gli obblighi di fedeltà, precisando che la semplice violazione degli obblighi di ufficio basterebbe a costituire la base giuridica di tutti i casi di corruzione. Precisa inoltre che, per aversi corruzione, è necessario che il soggetto interno all'ente si metta a disposizione, dietro retribuzione, di soggetti esterni, violando una norma civilistica o statutaria o una clausola del contratto di lavoro.

Risulta pertanto evidente che l'eliminazione del requisito del documento nei confronti del datore di lavoro non è di per sé sufficiente, almeno per la dottrina prevalente, a configurare una corruzione tra privati di natura intraorganizzativa, poiché all'attuale disposizione codicistica viene, in via interpretativa, conferita una nota di carattere lealistico. Il presupposto di questo ragionamento, che in realtà non viene esplicitato, è che il corrotto e il corruttore devono appartenere a diverse organizzazioni, per cui la corruzione intraorganizzativa, pur non esclusa a priori dal dato letterale, viene di fatto sterilizzata dall'attività ermeneutica⁶².

In effetti, ipotizzare la rilevanza penale dei fenomeni corruttivi all'interno della stessa organizzazione, se non comporta la forzatura del dato letterale della norma, alla luce delle recenti modifiche, sembra però andare oltre l'intenzione del legislatore italiano, e del resto negli strumenti sovranazionali (cfr. *infra*), non si rinvengono indizi della volontà di apprestare un programma di tutela anche per tali fatti di corruzione; ciò a meno di non volere dilatare, forse eccessivamente, il significato di violazione dei doveri da parte del soggetto anche a vicende che si svolgono internamente all'ente. È pur vero che la corruzione intraorganizzativa può avere dei riflessi anche sul bene giuridico della concorrenza, come dimostrano gli esempi portati nello scritto in commento, ma è altrettanto chiaro che questi episodi, risolvendosi spesso nella commissione di fattispecie penalmente rilevanti, non vanno esenti da sanzione.

Fatte queste considerazioni *de iure condito*, può aggiungersi che conferire rilievo penale anche a tale fenomeno dovrebbe essere una scelta espressa di politica legislativa, invero

⁶¹ RUGANI, *La riforma della corruzione fra privati (dlgs. n.38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 12, p. 4638-4664.

⁶² In dottrina il concetto per cui il corrotto e il corruttore devono necessariamente appartenere a due centri di interesse diversi è stato espresso per esempio da PECCIOLI, in *Unione Europea e criminalità transazionale*, Torino, 2005, p. 184: «con la locuzione corruzione privata, com'è noto, si suole indicare quegli accordi corruttivi che investono il settore delle imprese private e che vedono il coinvolgimento di un soggetto interno alla società e di un soggetto terzo...».

progressista, e non un approdo interpretativo del diritto vigente⁶³. Quanto detto vale non solo per l'ordinamento italiano, ma anche per quello degli altri Stati europei: nel corso della ricerca, infatti, non sono stati rinvenuti in nessuna delle principali codificazioni elementi tali da far presupporre che la corruzione intraorganizzativa possa assumere rilievo penale, sembrando invece quasi scontato che il corrotto e il corruttore debbano rispondere a due diversi centri di imputazione di interessi.

8. La corruzione privata e due progetti mai nati: *Corpus Iuris 2000* e *Eurodelikte*.

Prima di esaminare gli strumenti internazionali di contrasto alla corruzione tra privati occorre accennare brevemente a due progetti che, pur non essendosi mai concretizzati in testi con forza normativa, contengono norme interessanti in materia di corruzione. Si fa riferimento, in particolare, al progetto *Corpus Iuris 2000* e al progetto *Eurodelikte* (o Eurodelitti).

La genesi di questi testi è differente: mentre il *Corpus Iuris* ha radici pubblicistiche, perché è stato elaborato sotto la guida della prof. Delmas-Marty su iniziativa della Commissione Europea, nell'intento di accrescere l'armonizzazione fra gli Stati membri in quello che era allora il cd. Terzo Pilastro (Giustizia e Affari Interni) dell'Unione Europea e di conseguenza dedica particolare spazio ai reati di natura economico-finanziaria⁶⁴, *Eurodelikte* ha invece origine interamente accademica, in quanto redatto da un gruppo di lavoro coordinato dal prof. Tiedemann, ed ha obiettivi più ambiziosi, proponendosi di costituire la base per un codice penale europeo.

I due testi, seppur privi di forza giuridica in quanto mai adottati, sono tuttavia espressione del crescente bisogno di armonizzazione, di creare cioè un diritto di parte generale e speciale comune a livello sovranazionale o perlomeno regionale, sul presupposto

⁶³ Cfr. HELFER, *La lotta alla corruzione: riflessioni dall'esperienza germanica ed austriaca*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, fasc.3, p. 481 ss.; questa dottrina svolge considerazioni in merito alle norme di contrasto alla corruzione privata in Austria, Germania e Italia, ritenendo che i Paesi membri dell'Unione, nonostante gli strumenti sovranazionali siano rivolti in modo precipuo alla tutela della concorrenza, abbiano in realtà adottato delle norme tendenti a fare prevalere il modello lealistico, per cui risulta centrale la violazione dei doveri nei confronti del datore di lavoro. Questo è un ulteriore argomento per sostenere la non configurabilità, allo stato attuale, della corruzione intraorganizzativa.

⁶⁴ Per una esposizione organica della parte speciale del *Corpus Iuris* si rimanda per esempio a PICOTTI, *Le fattispecie della "parte speciale" del Corpus Iuris. Profili sistematici*, in *Corpus Iuris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale. Profili sistematici*, a cura di BARGIS, NOSENGO, Milano, 2003, p. 237 ss.

che i Paesi europei dovrebbero avere, nonostante le diversità che li contraddistinguono, un nocciolo duro tale da costituire la base comune per una codificazione di tale genere.

In merito alla fattibilità di simili progetti, la dottrina ha espresso opinioni variegate.

Per un primo indirizzo, le similitudini fra i diversi Stati, anche in un contesto regionale quale quello europeo, sarebbero soltanto superficiali e dunque non vi sarebbero spazi per codificazioni comuni di ampio respiro; per altro orientamento, invece, sarebbe possibile elaborare perlomeno un diritto penale di parte generale, dal momento che i tribunali e i diversi consessi giudiziari sovranazionali hanno fornito delle coordinate ermeneutiche sufficienti allo scopo, che dovrebbero però essere integrate attraverso un consapevole lavoro di politica del diritto ad opera degli Stati interessati⁶⁵. Secondo un'opinione intermedia⁶⁶, invece, gli Stati europei hanno, sin dall'Illuminismo, un patrimonio giuridico comune, che si esprime oggi con diverse sfumature, dal momento che i singoli ordinamenti hanno, sulla base di quel patrimonio, dato vita a differenti codificazioni; si tratterebbe allora non di costruire un codice comune, ma di sistematizzare ciò che già esiste, compiendo delle scelte fra le varie opzioni.

Si può però ritenere che, nonostante degli elementi comuni nel diritto penale degli Stati europei vi siano, perlomeno fra quelli che aderiscono all'UE, essi non sono allo stato sufficienti per dare vita a codificazioni comuni di ampio respiro; il fatto stesso che nessuna codificazione penale generale o speciale sia fino ad oggi entrata in vigore né sembra destinata ad esserlo in tempi brevi, dimostra che il “comune sentire” non è così profondo da consentire di risolvere positivamente gli ineludibili tecnicismi giuridici che un'opera di tale portata pone agli interpreti. Le vicende della corruzione privata, oggetto del presente lavoro, possono confermare questa opinione perché, nonostante la presenza di uno strumento di armonizzazione eurounitario, le norme elaborate in materia dagli Stati europei non sono identiche.

Fatte queste doverose premesse, è ora possibile esporre le norme in materia di corruzione presenti nei testi in parola.

⁶⁵ Per un'esposizione più ampia della problematica si rimanda a BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, p. 533-534.

⁶⁶ Cfr. MOCCIA, *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 275.

Il *Corpus Iuris*⁶⁷, portante disposizioni penali finalizzate alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, deve essere inquadrato negli sforzi fatti per realizzare uno spazio giudiziario unico europeo. All'articolo 5 vi è una norma di contrasto alla corruzione antecedente attiva e passiva dei pubblici ufficiali: questa fattispecie richiede, per la sua integrazione, il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio o l'astensione dal compimento di un atto imposto dai propri doveri d'ufficio. Nonostante i limiti che sono stati evidenziati dalla dottrina⁶⁸, ossia la tipizzazione della sola corruzione propria antecedente e il fatto che questo progetto, volto come detto esclusivamente alla tutela degli interessi finanziari comunitari, costituisce un testo di armonizzazione minima, il *Corpus Iuris* potrebbe comunque essere un modello praticabile per un progressivo riavvicinamento delle legislazioni europee. Non può d'altronde escludersi che la norma anticorruzione del *Corpus Iuris*, considerate le molteplici minacce alle quali sono sottoposti gli interessi finanziari dell'Unione Europea, fosse potenzialmente aperta al contrasto di fenomeni di corruzione diversi rispetto a quelli che coinvolgono direttamente la pubblica amministrazione, compresi quelli tra privati; in ogni caso, essa presenta un interesse molto limitato ai fini di questo lavoro.

Diverso è invece il discorso per quanto riguarda l'altro progetto di armonizzazione, denominato Eurodelitti, che per parte della dottrina costituisce una sorta di contraltare del *Corpus Iuris*⁶⁹, mentre per altro orientamento non si tratterebbe di una codificazione in concorrenza con esso, bensì di carattere complementare⁷⁰.

Questo testo, come detto di origine accademica, è finalizzato ad introdurre dei lineamenti di diritto penale omogenei all'interno dei Paesi comunitari; esso è però stato giudicato con sospetto da parte di severa dottrina⁷¹, in quanto se da un lato si pone quale obiettivo ambizioso la costruzione di un codice penale modello per l'Europa, dall'altro propone come paradigmi quasi esclusivamente quelli tedesco, statunitense e dei Paesi scandinavi, senza considerare a sufficienza i contributi portati dai Paesi mediterranei. Lo scopo del progetto Eurodelitti è quello di un diritto penale minimo comune tra i Paesi dell'Unione Europea in

⁶⁷ Per un commento alle norme anticorruzione del progetto *Corpus Iuris* si veda PELISSERO, *La norma della corruzione nel progetto Corpus Iuris 2000: una chiave per l'armonizzazione europea*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di FORNASARI, LUISI, Milano, 2003, p. 287 ss.

⁶⁸ PELISSERO, *La norma*, op. cit., p. 306 ss.

⁶⁹ MANNA, *Abuso d'ufficio*, Torino, 2004, p. 164.

⁷⁰ FOFFANI, *L'armonizzazione del diritto penale dell'economia dell'Unione Europea: il progetto Eurodelitti*, in *Diritto penale comparato, europeo e sovranazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 143 ss.

⁷¹ MANNA, *Abuso d'ufficio*, op.cit., p. 166.

materia economica, in grado di affiancarsi alle legislazioni nazionali⁷². Esso, così come *il Corpus Iuris*, presenta una struttura codicistica, poiché si tratta di un micro sistema e contiene 22 articoli di parte generale e 35 di parte speciale⁷³.

Rispetto al *Corpus Iuris*, oltre al fatto che nel progetto Eurodelitti la parte generale precede e non segue quella speciale, la principale differenza consiste proprio nella redazione di un'articolata parte speciale: la codificazione si occupa della tutela dei lavoratori e del mercato del lavoro, dei consumatori, del diritto penale societario e della concorrenza e il suo scopo principale, più che essere una codificazione sovranazionale, è quello di proporre un possibile modello di codice penale relativo alle attività economiche. La tutela della concorrenza si esplica mediante tre fattispecie incriminatrici: la pubblicità ingannevole, le frodi negli appalti pubblici e, per quello che qui interessa, la corruzione attiva e passiva nel settore privato. Esso è ispirato all'idea di una progressiva estensione della tutela dei beni giuridici di rilevanza comunitaria, tanto di quelli già sovranazionali quanto di quelli che si stanno progressivamente comunitarizzando; tra questi, oltre alla trasparenza dei mercati finanziari, che sta assumendo un'importanza sempre maggiore, non si può non menzionare la protezione della concorrenza, che nelle intenzioni dei redattori del codice viene tutelata anche tramite una norma che sanziona penalmente la corruzione privata. Il legame fra corruzione privata e attività economiche è un elemento ben presente pure nel diritto comunitario (cfr. i paragrafi successivi).

La norma è la seguente: “*who, in the course of business activities demands, accepts or allows himself to be promised, directly or by an intermediary, an undue benefit for himself or for a third person as an exchange for favouring another person in the purchase of goods or commercial activities, is punishable by...*” (corruzione passiva) e “*the same punishment shall be received by one who promises, offers or grants an undue benefit in exchange for favouring another person in the purchase of goods or commercial activities*” (corruzione attiva).

Come si vede, il presupposto per l'applicazione è l'esercizio di un'attività economica (*business*) e il soggetto attivo può essere “chiunque”, quindi in teoria anche l'imprenditore.

⁷² DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2002, fasc. 3, p. 495.

⁷³ FOFFANI, *L'armonizzazione*, *op. cit.*

Si tratta di una norma particolarmente avanzata, in quanto non fa riferimento al fatto che il soggetto che riceve l'utilità debba violare i propri doveri, ma richiede soltanto che essa sia non dovuta (*undue*): gli interessi potenzialmente tutelati sono pertanto molteplici, perché vanno dal rapporto di fiducia nei confronti del datore di lavoro, agli interessi economici di questo, alla concorrenza leale, ai consumatori, ai piccoli azionisti e così via. Come detto sopra anche l'imprenditore potrebbe essere imputato di corruzione passiva, laddove riceva il pagamento di una tangente; in questo il progetto *Eurodelikte* presenta, perlomeno in materia di corruzione privata, dei tratti più avanzati rispetto alle codificazioni sovranazionali che si andranno di seguito ad esaminare, in quanto come si vedrà esse richiedono, per la corruzione passiva, un substrato lealistico, ovvero la violazione dei doveri nei confronti del datore di lavoro (o *principal* in senso lato).

PARTE II

GLI STRUMENTI SOVRANAZIONALI DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE PRIVATA

SOMMARIO Parte II: Gli strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione privata

9. Gli strumenti sovranazionali: uno sguardo d'insieme - 10. Le convenzioni internazionali e la tipizzazione della corruzione come fattispecie unilaterale - 11. L'Azione comune e la Decisione quadro eurounitaria: un'armonizzazione cogente in materia di contrasto alla corruzione privata. - 12. La Decisione quadro eurounitaria: qual è l'oggetto della tutela penale? - 13. La Convenzione del Consiglio d'Europa e l'approccio "integrato" nella lotta contro la corruzione - 14. La Convenzione dell'ONU: un'occasione persa per la corruzione privata. - 15. Le convenzioni internazionali sulla corruzione privata e lo "strano caso" degli Stati Uniti. - 16. I modelli di corruzione privata e le classificazioni della dottrina.

9. Gli strumenti sovranazionali: uno sguardo d'insieme.

Dopo avere introdotto le tematiche generali in materia di corruzione privata ed analizzato le proposte del *Corpus Iuris* e di *Eurodelikte*, è giunto il momento di analizzare gli strumenti sovranazionali, prima attraverso una presentazione generale delle Convenzioni che si occupano di corruzione, e poi con una disamina più dettagliata di quelli che riguardano nello specifico la corruzione privata.

Per comprendere le motivazioni delle codificazioni, occorre considerare il fatto che negli ultimi decenni, in seguito alla progressiva globalizzazione dell'economia e all'intensificarsi degli scambi di beni e di servizi, anche di carattere finanziario, è sorta la necessità di affrontare la tematica dei fenomeni corruttivi sia sul versante interno ai singoli Stati sia riguardo ad una dimensione transnazionale⁷⁴.

Come è stato sottolineato icasticamente, « leggiamo di crimini economici commessi a Singapore, il responsabile dei quali è stato arrestato a Francoforte e condannato in Gran

⁷⁴ Riguardo alle misure sovranazionali in materia di corruzione si rimanda per esempio a SCALIA, *La Corruzione*, *op. cit.*, p. 61 ss, per la quale tutti gli strumenti hanno in comune una matrice di stampo mercantilista, e per un contributo meno recente a HUBER, *Supranational Measures*, in *Private Commercial Bribery*, *cit.*, p. 560 ss. Oltre alle Convenzioni, si menzionano le politiche messe in atto dalle organizzazioni internazionali (World Bank) e da quelle non governative (International Chamber of Commerce) in materia di contrasto alla corruzione e le altre sedi istituzionali più flessibili come le Anti Corruption Conferences.

Bretagna »⁷⁵: questo accade perché vi sono dei reati, di matrice transnazionale, i cui autori non rispettano i confini dei singoli Stati e allora sorge l'esigenza di una reciproca cooperazione. Si è in particolare richiamata la necessità di dar vita ad un «diritto penale della corruzione»⁷⁶ e in effetti oggi, come è stato efficacemente sottolineato, la lotta contro questo fenomeno avviene a un triplice livello: nazionale, regionale-continentale e mondiale, con una sovrapposizione di fonti normative⁷⁷.

I modi in cui è possibile rispondere alla globalizzazione dei fatti di reato sono molteplici: ciascuno Stato potrebbe cercare di proiettare unilateralmente, in modo talvolta efficace e talvolta velleitario, la propria potestà punitiva oltre confine; si possono poi immaginare codificazioni sovranazionali di ampio respiro, perlomeno a livello regionale, sul modello del *Corpus Iuris* e di *Eurodelikte*, che però finora non hanno avuto successo, oppure si può intraprendere la via, più concreta e realistica, delle codificazioni di settore, come è avvenuto nel caso della corruzione.

Le Convenzioni internazionali in materia criminale si sono inizialmente occupate dei cd. *core crimes*, ovvero quei delitti afferenti allo *ius gentium*⁷⁸, per poi estendersi ai cd. *treaty crimes*, quali ad esempio terrorismo, traffico di stupefacenti, di armi, che sono previsti in strumenti di natura settoriale⁷⁹. La corruzione è apparentemente un *treaty crime*, in quanto fattispecie riguardo alla quale l'interesse per le codificazioni sovranazionali è giunto alla fine dello scorso millennio, eppure potrebbe ritenersi che la distinzione prima prospettata fra *core crimes* e *treaty crimes* sia in fase recessiva. A testimonianza di questo una delle più recenti codificazioni, l'art. 83 del TFUE, che indica le materie nelle quali il diritto eurounitario può intervenire prescrivendo strumenti di armonizzazione, elenca fattispecie non omogenee quali terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Corruzione, riciclaggio e contraffazione dei mezzi di pagamento vengono così giustapposti per esempio alla tratta di esseri umani, che tradizionalmente è un grave crimine

⁷⁵ HOFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, in *Ed. comunità*, 2001, p. 1.

⁷⁶ HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2001, fasc. 2, p. 507 ss.

⁷⁷ MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 27.

⁷⁸ Si pensi ad esempio alla Carta delle Nazioni Unite (1945), alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), alla CEDU (1950).

⁷⁹ In merito a questa tematica si rimanda a BORSARI, *Diritto punitivo*, *op. cit.*, p. 12 ss.

contro il diritto delle genti. Pertanto a livello sovranazionale si segue un approccio non dottrinale, ma pragmatico, nell'intento di apprestare dei programmi di tutela per quelle fattispecie che presentano al contempo i connotati della gravità e della transnazionalità. La corruzione è uno di quei reati.

Le iniziative anticorruzione intraprese a livello sovranazionale si sono indirizzate su due versanti: innanzitutto la corruzione dei pubblici ufficiali, che è il settore tradizionale nel quale vengono affrontati e repressi i fenomeni corruttivi, e poi il più innovativo settore della corruzione tra privati. Come attenta dottrina ha sottolineato, lo strumento penalistico non è stato il solo preso in considerazione, dal momento che ad esso sono state affiancate alcune misure a carattere preventivo, come per esempio l'adozione di codici etici, forme di pubblicità della consistenza del patrimonio dei pubblici funzionari e sistemi per la denuncia di fatti di corruzione.

Il Paese più attivo nelle sedi internazionali sotto questo profilo sembrano essere gli Stati Uniti. Il legislatore americano, in seguito ai ben noti scandali *Watergate* e *Lockeed*, ha modificato in modo sensibile il suo approccio riguardo alla corruzione, nel senso di una maggiore severità. Già nel 1977 fu infatti adottato il *Foreign Corrupt Practices Act*, che proibiva alle imprese statunitensi di corrompere non solo i pubblici funzionari nazionali, ma anche quelli appartenenti ad altri Stati: è stata così introdotta una importante nota di transnazionalità nel contrasto alla corruzione.

Gli Stati Uniti hanno poi cercato di convincere gli altri Stati ad adottare normative simili, nella consapevolezza che ciò avrebbe comportato dei vantaggi per l'economia americana. Questo processo fu però piuttosto lento, perché solo all'inizio degli anni '90 furono intrapresi seri negoziati a livello internazionale volti alla criminalizzazione dei fenomeni corruttivi e alla creazione di procedure istituzionalizzate di cooperazione giudiziaria.

Come è stato rilevato⁸⁰, gran parte degli strumenti internazionali in materia penale non ha soltanto introdotto nuove incriminazioni o meccanismi volti ad un avvicinamento delle legislazioni, ma ha apprestato meccanismi di mutua valutazione, per verificare l'effettiva implementazione delle misure stabilite. Questo *modus operandi* è nato per la prima volta nel 1990, quando sono state introdotte le 40 raccomandazioni adottate dal Gruppo di Azione Finanziaria contro il riciclaggio. Come vedremo, il modello di mutua valutazione al quale si

⁸⁰ SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia di fronte ai suoi giudici*, in *Cass. Pen.*, 2012, fasc. 12, p. 4270 ss.

è fatto cenno è stato di fondamentale importanza per assicurare l'esecuzione da parte del legislatore italiano degli impegni assunti a livello sovranazionale.

Un primo risultato significativo di questi sforzi si è tradotto nella *Inter American Convention Against Corruption*, stipulata il 29 marzo 1996 ed entrata in vigore il 6 marzo 1997, che rappresenta una soluzione di compromesso fra gli interessi degli USA e quelli dei Paesi latinoamericani. Gli Stati membri si sono infatti impegnati a tipizzare la corruzione transnazionale nei limiti dei principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti; la Convenzione si applica purché il reato sia commesso all'interno di uno Stato membro o vi produca i suoi effetti.

Un'altra importante iniziativa di respiro sovranazionale è la convenzione adottata nel 1997 dall'OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*). Anche in questo caso gli Stati Uniti ne furono i promotori: una norma interna, il Trade Act del 1988, invitava infatti il Presidente a compiere gli sforzi necessari affinché gli stati membri dell'OECD introducessero nei rispettivi ordinamenti disposizioni analoghe a quelle statunitensi. L'ambito di applicazione di tale convenzione è però limitato perché essa, nell'intento di rispettare la sovranità dei singoli Stati, si occupa soltanto della corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e criminalizza unicamente la parte attiva del rapporto.

Anche le Nazioni Unite hanno iniziato, nella seconda metà degli anni '90, ad intraprendere iniziative contro la corruzione, culminate nella Convenzione e nei protocolli contro il crimine organizzato transnazionale, adottati rispettivamente il 15 novembre 2002 e il 31 maggio 2001 e soprattutto nella Convenzione contro la corruzione del 2003, nota come Convenzione di Merida (UNCAC). Essa è stata riconosciuta come lo strumento più importante nella lotta contro la corruzione a livello sovranazionale, perché contiene una disciplina completa⁸¹.

Per quanto riguarda il nostro continente, particolare importanza rivestono le convenzioni del Consiglio d'Europa in materia civile e penale adottate rispettivamente nel 1998 e nel 1999, che tra l'altro affrontano la tematica della corruzione pubblica e privata, nonché le iniziative dell'OCSE (1997) e dell'Unione Europea. La Convenzione dell'OCSE, a differenza di quella dell'ONU e degli strumenti comunitari, non si occupa della corruzione tra privati, limitandosi a richiedere agli Stati membri di sanzionare la corruzione attiva dei pubblici

⁸¹ VLASSIS, PILGRIM, *The United Nations Convention against Corruption*, in *Corruzione nazionale e internazionale*, Milano, 2014.

ufficiali stranieri al fine di garantire la trasparenza delle relazioni economiche transnazionali, onde evitare che esse vengano distorte da promesse, offerte o dazioni di utilità non dovute ai soggetti qualificati⁸². Gli Stati devono predisporre a tale scopo sanzioni penali proporzionate, efficaci e dissuasive, non soltanto per le persone fisiche ma anche per quelle giuridiche (in quest'ultimo caso possono essere adottate sanzioni civili o amministrative in luogo di quelle penali)⁸³.

Anche L'Unione Europea ha incominciato, nella seconda metà degli anni '90, a rendersi conto dell'importanza di affrontare la complessa tematica della corruzione tra privati, non essendo sufficienti le misure intraprese con la Convenzione del 26 luglio 1995, che sanzionava le frodi ai danni dell'Unione e il successivo protocollo del 27 settembre 1997, che impegnava gli Stati membri a incriminare la corruzione attiva e passiva dei funzionari comunitari e nazionali nella misura in cui danneggiassero gli interessi economici comunitari. Queste iniziative sono state senz'altro opportune, in considerazione dei fenomeni sempre crescenti di cattiva gestione dei finanziamenti comunitari. Per quanto riguarda nello specifico la corruzione tra privati, sono state adottate l'Azione comune n.742 del 1998 e la successiva Decisione quadro n.568 del 2003 che l'ha sostituita⁸⁴.

Nei paragrafi successivi si procederà ad una disamina degli strumenti sovranazionali in parola, con esclusivo riguardo alla corruzione privata, perché la loro conoscenza, almeno nei profili essenziali, è necessaria per comprendere in che modo è stata tipizzata la corruzione tra privati in Italia e nei principali Stati europei.

Prima è però necessario chiarire, in termini generali, in che modo la corruzione è tecnicamente configurata a livello sovranazionale, perché la costruzione di questo reato è diversa rispetto a quella alla quale sono abituati gli interpreti italiani.

⁸² Parte della dottrina ritiene che, mentre la Convenzione dell'OCSE presenta un obiettivo di tutela settoriale e ristretto, poiché è finalizzata alla tutela del corretto svolgimento degli affari interni e dello sviluppo economico, la Convenzione del Consiglio d'Europa persegue invece un obiettivo più ampio, in quanto mira a proteggere la preminenza del diritto, la democrazia, i diritti dell'uomo, la corretta amministrazione, l'equità, la giustizia sociale, la concorrenza, lo sviluppo economico e la stabilità delle istituzioni democratiche.(cfr. SCALIA, *La corruzione*, op. cit. p. 72-73).

⁸³ Altra importante differenza fra gli strumenti in commento è che, mentre le Convenzioni dell'OCSE e dell'ONU si occupano solo di fatti che presentano elementi di transnazionalità, gli strumenti comunitari e quelli del Consiglio d'Europa si applicano indipendentemente dal fatto che la fattispecie si esaurisca in un solo Stato oppure riguardi più ordinamenti.

⁸⁴ Per quanto riguarda l'attività dell'Unione Europea in materia penale, con riguardo al contrasto a fattispecie ulteriori rispetto alla corruzione, si segnala il fatto che sono stati adottati vari strumenti di cooperazione, quali dichiarazioni di buone prassi, individuazione di magistrati di collegamento, la creazione di una rete giudiziaria europea, la costituzione di uffici quali OLAF, EUROPOL, Eurojust (cfr. PARISI, RINOLDI, *L'applicazione in Italia di strumenti giuridici internazionali contro la corruzione*, in *Il prezzo della tangente*, op. cit., p. 191 ss.).

10. Le convenzioni internazionali e la tipizzazione della corruzione come fattispecie unilaterale.

Gli strumenti sovranazionali in materia di corruzione, nel momento in cui danno una definizione del fenomeno (si vedano per esempio l'art.2 della Decisione quadro eurounitaria e gli artt.7 e 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa), non considerano il reato in modo unitario, come fa invece il legislatore italiano, ma adottano invariabilmente le locuzioni "corruzione attiva" e "corruzione passiva", tipizzando così due distinte fattispecie. Mentre la corruzione passiva fa riferimento alla condotta del soggetto qualificato, che riceve l'utilità non dovuta o ne accetta la promessa, la corruzione attiva riguarda la condotta dell'*extraneus*, ed è pacifico che trattasi di reati diversi.

Le ragioni di questa scelta possono essere spiegate col fatto che, nelle codificazioni sovranazionali, si tiene generalmente conto del modello dominante, che nel caso dei reati contro l'economia, fra i quali rientra senza dubbio la corruzione, è quello di matrice anglosassone⁸⁵. Non si tratta soltanto del fatto che molte imprese di rilevanti dimensioni sono statunitensi, ma anche della circostanza che ormai la lingua "ufficiale" del mondo degli affari è l'inglese, con la conseguenza che spesso si fa comunemente uso di espressioni e di istituti di matrice anglo-americana. A ciò deve poi aggiungersi che il diritto dell'economia, compreso quello penale, viene spesso costruito sulla base delle esigenze delle imprese, che possono così muoversi in un quadro giuridico a loro conosciuto.

La tipizzazione alla quale si è fatto cenno può costituire però motivo di obiettiva difficoltà per l'interprete italiano, che si è sempre mosso all'interno di un sistema nel quale la corruzione è considerata, in modo assolutamente predominante, quale fattispecie unitaria. Anche nel diritto interno la terminologia "corruzione attiva" e "corruzione passiva" oggi può dirsi diffusa, ma con essa ci si riferisce soltanto alle differenti condotte che concorrono a dar vita ad un reato che resta comunque unico.

La dottrina maggioritaria italiana, pur ammettendo infatti che a prima vista le fattispecie di corruzione tipizzate dal codice penale agli artt. 318, 319, 319ter e 320 possono sembrare unilaterali, in quanto si fa menzione solo del soggetto qualificato, mentre del corruttore si occupa il successivo art.321, ritiene che trattasi di reati a concorso necessario bilaterale,

⁸⁵ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori*, op. cit., p. 281-282.

perché devono esservi allo stesso tempo due soggetti, l'*intraneus* e l'*extraneus*, la cui presenza è indefettibile.

A sostegno di questa interpretazione depongono la tecnica normativa utilizzata dal legislatore, esigenze di semplicità interpretativa e infine la presenza del successivo art. 322 (istigazione alla corruzione), che sarebbe inutile laddove il reato fosse unilaterale, perché allora soccorrerebbe l'art.56 (delitto tentato)⁸⁶. Riguardo alla concezione dei reati di corruzione quali fattispecie unilaterali, la dottrina prevalente ha espresso un giudizio decisamente negativo, in quanto «questa lettura complica la struttura dei reati di corruzione e fa perdere di vista l'unitarietà di disvalore insita nel pactum sceleris intercorrente fra le parti...»⁸⁷.

Vi è però un'opinione minoritaria seppur autorevole che, in consonanza con il modello fatto proprio dagli strumenti sovranazionali, considera invece la corruzione come una fattispecie unilaterale, con argomentazioni che in questa sede si possono solo riassumere.

Secondo questa tesi le condotte del corrotto e del corruttore sono ontologicamente diverse e del resto il legislatore, agli artt.318 e 319 del codice penale, fa riferimento alla condotta di un solo soggetto; diversa è poi la struttura del dolo (si pensi al fatto che l'*intraneus* può ricevere un'utilità non dovuta data da un soggetto ignaro dell'illiceità del pagamento o alla riserva mentale dello stesso *intraneus*, che però non ha rilevanza). È anche possibile che il corruttore dia l'indebito in cambio di quello che crede erroneamente essere un atto legittimo discrezionale mentre trattasi di atto illegittimo, con la conseguenza che lui risponderebbe di corruzione impropria, mentre il corrotto di corruzione propria e a fronte dello stesso fatto sussisterebbero due differenti titoli di reato. Questa dottrina, coerentemente, considera l'art.322 c.p. quale fattispecie di "tentativo eccettuato", che il legislatore ha introdotto ritenendo che la combinazione dell'art.56 con le norme di parte speciale in materia di corruzione non fosse adeguata⁸⁸.

Sembra comunque preferibile la costruzione tradizionale invalsa nella dottrina italiana, ovvero di considerare la corruzione come un reato plurisoggettivo a concorso necessario, il

⁸⁶ BENUSSI *Art.318*, in DOLCINI, GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Vicenza, 2021, p. 657 e RIVERDITI, *Delitti dei pubblici ufficiali*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, a cura di GROSSO, Milano, 2018, p.424.

⁸⁷ Pelissero, in *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, a cura di BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA, Torino, 2020, p. 484.

⁸⁸ Per una completa disamina della critica della corruzione quale fattispecie bilaterale si rimanda a SPENA, *Il turpe mercato, op. cit.*, p. 328 ss.

che non è solo di più facile comprensione, in quanto pacificamente per esservi un corrotto deve esservi un corruttore, ma è anche la scelta effettuata in modo consapevole dal legislatore italiano. Seppur alcuni degli argomenti esposti dalla dottrina minoritaria, in modo particolare quello della possibile contestazione della corruzione propria e impropria riguardo ad uno stesso fatto, sembrano di pregio, meno convincente è invece la ricostruzione dell'art.322 c.p. quale fattispecie di tentativo eccettuato.

In ogni caso, come si è visto, gli strumenti sovranazionali adottano una concezione unilaterale della corruzione che potrebbe porre qualche difficoltà all'interprete italiano e anche al legislatore. Quest'ultimo, con una tecnica normativa non del tutto perspicua, ha configurato l'articolo 2635 del codice civile, la norma più importante del nostro ordinamento in materia di corruzione privata, riprendendo nella struttura il modello proposto dagli strumenti internazionali e introducendo all'art.2635bis l'istigazione alla corruzione fra privati che, come si vedrà nella parte dedicata in modo specifico all'Italia, presenta dei problemi di coordinamento e di possibile sovrapposizione con l'art.2635⁸⁹.

In questa sede ci si limita a sottolineare che il legislatore ha cercato di riprodurre in scala più ridotta, rispettando al contempo gli obblighi sovranazionali, lo stesso sistema presente nel codice penale in materia di delitti dei pubblici ufficiali, dove sono tipizzate sia la corruzione sia l'istigazione alla corruzione. Il prodotto di questi sforzi, tuttavia, ha creato dei problemi che hanno dato luogo a un dibattito in dottrina.

Anche questi aspetti tecnici danno conto dell'obiettivo difficoltà di giungere ad una soddisfacente armonizzazione fra sistemi penali che, seppur connotati da alcuni caratteri comuni, presentano differenze anche in materia di tecnica normativa.

Fatte queste precisazioni si procede ad analizzare gli strumenti sovranazionali che si sono occupati di corruzione privata.

⁸⁹ Cfr. Capitolo V par.10.

11. L’Azione comune e la Decisione quadro eurounitarie: un’armonizzazione cogente in materia di contrasto alla corruzione privata.

Come accennato nei paragrafi precedenti, in sede eurounitaria sono stati adottati due strumenti per contrastare la corruzione privata: l’Azione comune del 1998 e la successiva Decisione quadro del 2003, che l’ha sostituita.

La genesi dell’Azione comune, adottata il 22 dicembre 1998, è da ricercarsi nel Consiglio Europeo di Amsterdam del giugno del 1997 e nella successiva iniziativa della Presidenza lussemburghese⁹⁰. La scelta di utilizzare lo strumento dell’Azione comune piuttosto che procedere alla redazione di una convenzione era dovuta alla volontà di incoraggiare gli Stati membri a procedere più rapidamente alla trasposizione delle norme contro la corruzione nei rispettivi ordinamenti.

Si tratta di una iniziativa intrapresa nell’ambito di quello che allora era il Terzo Pilastro, ovvero la Cooperazione in materia di Giustizia e Affari Interni, che fu poi denominata dal Trattato di Amsterdam Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale; oggi questo settore, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato pienamente comunitarizzato⁹¹. Grazie all’istituzione della Cooperazione in materia penale e giudiziaria l’Unione Europea fece un notevole passo in avanti quanto all’integrazione, perché il suo campo di competenze si espanse dalla materia economica ai profili di tutela penalistica⁹².

Per quanto concerne la corruzione, occorre ricordare che il precedente art.29 TUE la menzionava espressamente quale forma di criminalità transnazionale che l’Unione Europea,

⁹⁰ FLORE, *L’incrimination de la corruption*, Bruxelles, 1999, p. 36.

⁹¹ Per una disamina delle competenze dell’Unione Europea in materia penale dopo il Trattato di Lisbona, che ha tra l’altro comportato il superamento della divisione in pilastri, con la conseguente “comunitarizzazione” del Terzo Pilastro (“Giustizia e Affari Interni”) si rimanda a SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc.3 p.1146 ss.; questi rileva che, anche nel quadro normativo attuale, l’Unione non dispone di competenze penali dirette, ma soltanto indirette, cioè può richiedere agli Stati membri di emettere determinate norme penali. La norma rilevante è l’art. 83 del TFUE, che al paragrafo primo stabilisce che l’Unione può prevedere che gli Stati membri adottino una disciplina minima relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale, mentre al paragrafo secondo le competenze non sono individuate per specifici settori, ma sono legate al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari, purché il settore sia stato oggetto di armonizzazione comunitaria. Come si vedrà fra breve, lo strumento eurounitario di contrasto alla corruzione privata attualmente in vigore, la Decisione quadro n.568 del 2003, ha come obiettivo la tutela della concorrenza, un settore oggetto di armonizzazione, per cui trova oggi legittimazione nel secondo paragrafo dell’art. 83 del TFUE.

⁹² SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Torino, 2005.

nell'ambito del Terzo Pilastro, si impegnava a prevenire e a reprimere al fine di creare e mantenere uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo da conseguirsi non soltanto attraverso una più stretta collaborazione di polizia e giudiziaria fra gli Stati membri, ma anche tramite il ravvicinamento delle rispettive legislazioni penali.

L'Azione comune si applicava ai soggetti privati definiti dall'articolo 1, ovvero qualunque dipendente o altra persona nell'esercizio di una funzione direttiva o lavorativa a qualunque titolo che agisse per una persona fisica o morale operante nel settore privato o a nome di queste ultime. Venivano incriminate la corruzione attiva e passiva purché commesse “intenzionalmente” (articoli 2 e 3) e a tal proposito gli Stati membri dovevano predisporre sanzioni penali effettive proporzionate e dissuasive non solo per le persone fisiche (per i casi di minore gravità erano sufficienti rimedi di carattere non penale), ma anche per quelle giuridiche responsabili di corruzione attiva.

Alla base dell'Azione comune vi era la consapevolezza del fatto che la corruzione falsa la concorrenza leale e compromette l'apertura e la libertà dei mercati, il buon funzionamento non soltanto del mercato interno, ma anche del commercio internazionale. L'obiettivo, di matrice pubblicistica, era quindi quello di tutelare il corretto svolgimento delle relazioni economiche fra i Paesi del mercato comune e tra essi e gli Stati terzi nel segno della libera concorrenza⁹³, piuttosto che affermare la necessità del fatto che gli operatori economici agissero in sintonia con i principi etici. Dalla disamina degli articoli 2 e 3 dell'Azione comune si evince che gli Stati sono tenuti a incriminare perlomeno le condotte che comportano o possono comportare la distorsione della concorrenza nell'ambito del mercato comune e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o esecuzione dei contratti.

Emerge così, dalla lettura del primo strumento comunitario in materia di contrasto alla corruzione tra privati, l'importanza fondamentale che l'Unione attribuisce al bene pubblicistico della concorrenza, ritenuto necessario per il buon funzionamento del mercato, per la cui protezione evidentemente le misure civilistiche o amministrative non erano ritenute sufficienti. L'importanza della concorrenza viene chiarita fin dal Preambolo, laddove si specifica che la corruzione falsa la concorrenza leale e compromette l'apertura e la libertà dei mercati, il buon funzionamento del mercato interno ed è contraria alla trasparenza e all'apertura del commercio internazionale.

⁹³ ALDOVRANDI, in *I reati societari*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2007, p. 211.

L'Azione comune è stata sostituita, come detto, dalla Decisione quadro n.568 del 22 luglio 2003, che ha il medesimo oggetto: la prima, infatti, secondo quanto risulta da una dichiarazione del Consiglio, costituiva solo il primo passo a livello comunitario nella lotta contro la corruzione privata. La Decisione quadro si iscrive in un percorso iniziato con l'adozione del Trattato di Amsterdam, che introdusse l'articolo 280 del Trattato (ora art.325 TFUE⁹⁴). Ai sensi di questa nuova norma il Consiglio adottava le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi che ledono gli interessi finanziari della Unione⁹⁵, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. Successivamente, nelle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere, si è convenuto (punto 48) che la corruzione è una materia nella quale è importante stabilire regole minime comuni quanto alla selezione dei comportamenti penalmente rilevanti e alle sanzioni applicabili. La lotta alla corruzione è infatti diventata una tematica di primario interesse politico, sociale ed economico a livello nazionale ed internazionale. La valenza dello strumento comunitario doveva essere considerata anche in relazione alla Decisione quadro n.584 del 2002 (mandato d'arresto europeo), in cui la corruzione non è compresa fra le fattispecie per le quali è necessaria la verifica preliminare di una doppia incriminazione, e alle iniziative intraprese nell'ambito del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite.

Gli obiettivi perseguiti dalla Decisione quadro sono simili a quelli che hanno ispirato l'abrogata Azione comune: *ex professo* il contrasto alla corruzione nei settori pubblico e privato è particolarmente importante, perché essa costituisce una minaccia allo stato di diritto, genera distorsioni alla concorrenza e ostacola un corretto sviluppo economico.

La dottrina ha perciò rilevato⁹⁶ che la Decisione quadro ha fatto registrare un ampliamento degli interessi protetti, poiché compare il riferimento alla minaccia allo stato di diritto; questo nuovo profilo, pur importante a livello simbolico, non è però di importanza

⁹⁴ L'attuale articolo 325 del TFUE prevede che l'Unione e gli Stati membri combattano contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri adottano, per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari. Gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode e organizzano insieme alla Commissione una stretta e regolare cooperazione fra le autorità competenti. Il Parlamento e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure necessarie nella prevenzione e nella lotta contro le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire ad una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Consiglio e al Parlamento una relazione sulle misure attuative del presente articolo.

⁹⁵ Secondo una interpretazione, l'unione avrebbe una competenza "quasi diretta" nella tutela penale dei propri interessi finanziari, perché da questi dipende il suo stesso funzionamento (cfr. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, *op.cit.*, p. 1155).

⁹⁶ LA ROSA, *Corruzione privata*, *op. cit.* p. 28.

decisiva al fine di apprezzare la portata dello strumento in commento e dalla ricerca effettuata risulta che la dottrina ha scarsamente enfatizzato il rapporto fra il contrasto alla corruzione privata e lo sviluppo dello stato di diritto. Questo sembra essere avvenuto perché gli orientamenti di matrice “pubblicistica”, che considerano necessario criminalizzare questo fenomeno in quanto provoca distorsioni del libero mercato, hanno ritenuto quasi scontato che la tutela della libertà economica sia uno degli attributi che devono necessariamente pertenerne a uno stato che possa dirsi “di diritto”.

In modo del tutto speculare, anche le concezioni “privatistiche”, per le quali invece la corruzione privata è deputata alla tutela del rapporto fiduciario tra il datore di lavoro e il dipendente e/o del patrimonio, pare considerino superfluo sottolineare il legame, che indubbiamente esiste, fra tutela di beni privati e stato di diritto. Ad ogni modo, menzionare quest’ultimo fra gli obiettivi che la lotta alla corruzione privata deve avere, riveste un valore soprattutto simbolico o al più può orientare l’interprete verso l’opzione per i modelli pubblicistici, tesi alla tutela di beni sovraindividuali, ma non fornisce indicazioni utili per una migliore tecnica normativa né in sede eurounitaria né agli Stati membri all’atto del recepimento.

Tornando alla Decisione quadro, si precisa che il suo ambito di applicabilità concerne, oltre alle persone fisiche, anche quelle giuridiche, essendo tali quelle definite così dal diritto nazionale. La Decisione quadro risulta più efficace rispetto all’Azione comune, perché in materia di sanzioni non sono riprodotti i precedenti criteri in merito a proporzione, effettività e dissuasività, ma viene stabilita la pena minima, da 1 a 3 anni⁹⁷, con la quale gli Stati membri devono sanzionare i fatti di corruzione privata (ferma restando la possibilità per ciascuno Stato di stabilire pene più severe⁹⁸) e viene introdotta la responsabilità degli enti⁹⁹. Di particolare importanza è l’articolo 2, che definisce le nozioni di corruzione attiva e passiva, per cui lo strumento comunitario si caratterizza per la maggior completezza rispetto ad altre Convenzioni internazionali, per esempio quella dell’OECD, che prevede soltanto la punibilità della corruzione attiva, lasciando così alla discrezionalità delle Parti contraenti la punibilità di quella passiva.

⁹⁷ Lo strumento eurounitario si presenta come il più completo in materia non solo per il suo carattere cogente, ma anche perché è il solo a prevedere le pene minime che gli Stati membri sono tenuti ad introdurre.

⁹⁸ I responsabili dei fenomeni corruttivi possono tra l’altro essere assoggettati a sanzioni accessorie, quali l’interdizione temporaria dall’ufficio ricoperto, qualora vi sia un chiaro rischio di abuso di posizione.

⁹⁹ MONGILLO, *La corruzione*, *op.cit.*, p. 483.

La corruzione attiva consiste nel promettere, offrire, concedere direttamente o tramite interposta persona, un vantaggio non dovuto a una persona che svolge attività lavorative per conto di una ditta del settore privato affinché compia o ometta un atto in violazione di un dovere. Quella passiva viene in rilievo quando sono posti in essere i seguenti comportamenti: sollecitare, direttamente o indirettamente un indebito vantaggio di qualsiasi natura o accettarne la promessa, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative per conto di una entità del settore privato al fine di compiere o omettere un atto in violazione di un dovere. La formulazione della norma comunitaria, molto ampia per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti attivi, comprende senz'altro il caso dei cosiddetti premi per le vendite, ossia i casi nei quali dipendenti di una società incaricati degli acquisti ricevono somme di denaro da un'altra impresa per raccomandare i suoi prodotti.

Poiché la Decisione quadro richiede espressamente che tale comportamento avvenga in violazione di un dovere, parte della dottrina ha sostenuto che il fatto non dovrebbe ritenersi punibile qualora il datore di lavoro ne sia a conoscenza o addirittura autorizzi i propri dipendenti a ricevere i premi¹⁰⁰; questa tesi, però, sembra riduttiva e frutto di una visione meramente privatistica della corruzione fra privati, non collimante con lo strumento eurounitario, che conferisce grande importanza alla lesione della concorrenza.

In ogni caso gli Stati membri hanno ampia discrezionalità nell'individuare il contenuto dei doveri; in questo senso, dato il riferimento per l'individuazione del loro contenuto alle norme extrapenali, si può ritenere la corruzione privata come una norma, almeno in parte, in bianco, mentre la dottrina ha fatto riferimento alla categoria dogmatica di origine tedesca dei reati d'obbligo¹⁰¹.

Nonostante gli Stati membri fossero tenuti a introdurre nei rispettivi ordinamenti norme che puniscono la corruzione nel settore privato in modo coerente con quanto stabilito dalla Decisione quadro, era presente una clausola di salvaguardia, valevole solo per 5 anni a partire dal 22 luglio 2005, in forza della quale essi potevano dichiarare al Consiglio di volere limitare l'ambito di applicazione alle sole condotte che comportano o possono comportare distorsioni alla concorrenza.

¹⁰⁰ DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali, e di diritto comparato*, in *La corruzione fra privati*, op. cit., p. 53.

¹⁰¹ MONGILLO, *La corruzione*, op. cit., p. 482.

L'orientamento emerso in sede comunitaria è dunque quello di imporre agli Stati membri di introdurre una disciplina sanzionatoria della corruzione privata di carattere generale, limitatamente però alle condotte di corruzione privata propria e antecedente.

La Decisione quadro, riguardo ai soggetti corrotti, fa un riferimento omnicomprensivo a coloro che svolgono funzioni lavorative o direttive nel settore privato, anche in enti senza finalità di lucro: di conseguenza non vi è dubbio sul fatto che chi non ricopre ruoli direttivi, al limite anche chi esercita semplici mansioni d'ordine, possa essere assoggettato alle sanzioni penali.

Gli Stati membri sono altresì tenuti ad adottare (articolo 5) le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili dei fatti di corruzione privata posti in essere a loro beneficio da chi occupi una posizione dirigenziale al loro interno; la responsabilità delle persone giuridiche sussiste anche qualora la commissione degli illeciti sia stata resa possibile, a vantaggio dell'ente, dalla carenza di sorveglianza dei dirigenti: si evidenzia così il fatto che la mancanza di controlli non impedisce di ritenere l'ente colpevole per gli illeciti perpetrati a suo beneficio anche da chi non occupa posizioni direttive. Le sanzioni previste per gli enti sono di natura pecuniaria e non, quali per esempio l'esclusione da sovvenzioni pubbliche, il divieto temporaneo o permanente di esercitare una determinata attività commerciale, la sorveglianza giudiziaria, l'apertura di un procedimento di liquidazione.

La Decisione quadro si pone quindi in una prospettiva più ampia rispetto all'Azione comune, in quanto stabilisce obblighi di incriminazione in relazione a fatti di corruzione privata di minore estensione rispetto a quelli che possono produrre distorsioni nel mercato interno e si caratterizza per una vocazione omnicomprensiva, perché nel suo ambito di applicazione rientrano anche i fatti commessi in relazione allo svolgimento di attività di carattere non lucrativo. Non è però prevista la punibilità dell'imprenditore in caso di corruzione passiva e inoltre, come è stato sottolineato¹⁰², un limite ulteriore risiede nel fatto che assumono rilevanza soltanto le condotte realizzate per conto di una entità del settore privato nell'ambito di attività professionali, con esclusione quindi di quelle di natura occasionale, per esempio il commercio saltuario di beni, nonché fatti di corruzione privata

¹⁰² PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa della l.25 febbraio 2008, n.34*, in *Cass.pen.*,2009, fasc.2, p. 769 ss.

nell'ambito di rapporti non commerciali quali quello fra mandante e mandatario, la gestione di patrimoni e *trust* laddove non effettuata da professionisti.

Quanto alla natura cogente della Decisione quadro bisogna precisare che, a seguito del Trattato di Lisbona e della comunitarizzazione del Terzo Pilastro, è possibile l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti degli Stati che non recepiscono lo strumento in modo corretto. A tal proposito la Commissione Europea ha trovato l'Italia inadempiente in merito all'adozione di effettive norme di contrasto alla corruzione privata, con la conseguente attivazione di una procedura di infrazione in data 18 dicembre 2015 per omessa comunicazione delle misure nazionali di recepimento della Decisione quadro¹⁰³. Come si vedrà, l'implementazione nel nostro ordinamento di questa fattispecie ha dato luogo a quello che è stato efficacemente denominato un «gioco infinito»¹⁰⁴.

Esaminato il contenuto della Decisione quadro, occorre adesso soffermarsi sull'oggetto della tutela di questo strumento, che ha dato vita a contrasti in seno alla dottrina.

12. La Decisione quadro eurounitaria: qual è l'oggetto della tutela penale?

Bisogna innanzitutto premettere che parte della dottrina ha sottoposto a critica radicale lo strumento eurounitario, in relazione sia alla stessa utilità dell'incriminazione della corruzione fra privati, sia alla terminologia utilizzata¹⁰⁵.

Queste osservazioni sono invero troppo severe. Nelle pagine precedenti si è cercato di chiarire il fatto che la corruzione fra privati ha delle conseguenze negative sul rapporto di fiducia fra dipendente e datore di lavoro, sul patrimonio di questi (basti pensare ai maggiori costi che un'impresa deve sostenere qualora gli impiegati dell'ufficio acquisti scelgano prodotti più cari perché motivati dal pagamento di una tangente) e anche su altri soggetti, che sono stati denominati "terzi esclusi", per esempio le imprese concorrenti, i piccoli azionisti, i consumatori. Come si vede, allora, la criminalizzazione della corruzione fra

¹⁰³ Cfr. Capitolo V par. 6.

¹⁰⁴ SEMINARA, *Il gioco infinito*, *op. cit.*, p. 713 ss.

¹⁰⁵ MUSCO, *L'illusione penalistica*, *op. cit.*, p.13 ss. (ritiene che le norme in materia di corruzione privata si muovano sul terreno scivoloso della moralizzazione dell'attività imprenditoriale e che l'uso dello strumento penale debba essere ristretto ai soli casi estremi, quali l'uso di violenza o minaccia per coartare la libera iniziativa, a meno di non volere produrre fattispecie "spettacolo"; il riferimento alle entità del settore privato viene poi considerata espressione non tecnica, estranea al mondo del diritto). Per una critica più approfondita e allo stesso tempo più radicale in merito alla necessità di criminalizzare la corruzione fra privati, obiettivo perseguito dagli strumenti eurounitari, si veda SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2007, fasc. 4, p. 805 ss; la stessa dottrina ha poi adottato posizioni meno scettiche negli scritti successivi, per esempio *La corruzione privata e la riforma dell'art.2635 c.c.*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, p. 690 ss.

privati non è soltanto un problema di ordine morale. In merito alla tecnica normativa, non si può non considerare che essa deve adattarsi alle caratteristiche di sistemi giuridici diversi fra loro, per cui a volte le parole utilizzate sono generiche e spetta poi ai singoli Stati, al momento del recepimento dello strumento, adattare gli opportuni accorgimenti.

L'oggetto di disputa più interessante pare in realtà quello relativo al bene giuridico tutelato.

Vi è innanzitutto un orientamento dottrinale che, nell'interpretazione dello strumento eurounitario, sembra dare rilievo assolutamente preminente ai profili di natura pubblicistica: «l'obiettivo di tali strumenti normativi» (si fa riferimento anche alla Convenzione dell'ONU e a quella del Consiglio d'Europa, i cui contenuti saranno affrontati nei prossimi paragrafi) «è principalmente quello di sanzionare le condotte idonee a provocare una distorsione della concorrenza, indipendentemente da qualsivoglia prospettiva di danno patrimoniale. Del resto è evidente come la corruzione, alterando i meccanismi di lecita competizione tra le imprese, arrechi un rilevante pregiudizio ai sistemi economici e al corretto funzionamento dei mercati»¹⁰⁶. Questa tesi, conferendo rilievo preponderante al disposto del considerando n.9 dell'atto¹⁰⁷ e alla circostanza che la fattispecie comunitaria non richiede necessariamente l'esecuzione di un atto contrario ai doveri d'ufficio, ma soltanto la promessa o la dazione di un'utilità finalizzata al suo compimento, ritiene quindi la Decisione quadro debba considerarsi strumento deputato alla tutela della leale concorrenza e in definitiva al corretto funzionamento di un sistema economico dove i beni e i servizi devono essere scambiati secondo le leggi del mercato senza che vi siano alterazioni causate da accordi corruttivi¹⁰⁸.

Altri orientamenti¹⁰⁹, pur riconoscendo l'importanza della tutela della concorrenza nella Decisione quadro, hanno messo in evidenza che questo bene giuridico non è tutelato di per sé stesso, ma soltanto quando sussista congiuntamente una violazione della fedeltà del dipendente verso il datore di lavoro; di conseguenza, laddove il dipendente non violi gli

¹⁰⁶ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2020, p. 165.

¹⁰⁷Nel considerando n. 9 si legge che "Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico...".

¹⁰⁸ PECCIOLI, *Unione Europea, op. cit.*, p. 184-185 e nello stesso senso BARTOLI, *Corruzione privata, op. cit.*, p. 7. ZANNOTTI, *La corruzione privata, op. cit.*, p. 543, nel sottolineare l'importanza dello strumento comunitario ai fini della tutela della concorrenza, fra presente che non si tratta di un nuovo bene giuridico, ma semplicemente di una nuova modalità di tutela; a presidio della concorrenza erano infatti previste solo sanzioni amministrative.

¹⁰⁹ ROSAS OLIVA, *Consideraciones para la tipificacion de un delito contra la corrupcion en el Sector privado en Espana*, in *Cuadernos de politica criminal*, 2009, p.110 ss.

obblighi nei confronti del principale, il reato potrebbe non configurarsi, con minore tutela della concorrenza. Queste considerazioni hanno indotto attenta opinione¹¹⁰ a ritenere che il modello di tutela pubblicistica della corruzione privata, incentrato sulla concorrenza e delineato dalla disciplina comunitaria come fattispecie di pericolo astratto, se non addirittura presunto, ha comunque dei limiti. Il bene della concorrenza, infatti, è tutelato rispetto alle condotte poste in essere dal mandatario, mentre la posizione del mandante viene considerata soltanto in relazione all'infedeltà commessa dal mandatario.

Conseguenza di questa ricostruzione è che la concorrenza, anche nei modelli pubblicistici, non riceve una protezione assoluta, perché è subordinata alla violazione dei doveri d'ufficio da parte dell'agente; ne discende che, nel momento in cui il principale ha autorizzato o agevolato la percezione da parte del sottoposto dell'utilità non dovuta oppure l'abbia istigato, non potrebbe parlarsi di condotte punibili. La dimensione pubblicistica della concorrenza troverebbe quindi un limite nel modello fiduciario. In questo senso si rileva che l'intenzione espressa dal considerando n.9 della Decisione quadro di tutelare la concorrenza non si è compiutamente tradotta negli obblighi di incriminazione e dunque lo strumento eurounitario presenterebbe delle consistenti venature lealistiche¹¹¹.

Nello stesso senso vanno i rilievi di chi¹¹² ha espresso perplessità in relazione alla scelta, di matrice tedesca, di qualificare come sleale un comportamento posto in essere in violazione di un dovere: si paventa il rischio di restringere l'ambito di applicazione della normativa.

Come si vede, il dibattito su quali siano esattamente i beni giuridici tutelati dalla fonte eurounitaria si presenta ancora aperto.

A questo punto si avanza la seguente riflessione: la Decisione quadro, come del resto l'abrogata Azione comune, ha per oggetto *ex professo* la protezione della concorrenza e, vista la sua importanza nei Trattati ai fini della costruzione e del mantenimento del mercato comune, non potrebbe essere diverso¹¹³. E' possibile ritenere allora che, nel momento in cui le istituzioni comunitarie si sono occupate di corruzione privata, l'accento sulla tutela della concorrenza è stata forse una decisione "a rime obbligate", che non esclude comunque l'emersione di interessi ulteriori, questi ultimi di natura privatistica, quali la protezione della

¹¹⁰ SEMINARA, *Il gioco infinito*, op.cit., p. 713 ss.

¹¹¹ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 120.

¹¹² LA ROSA, *Corruzione privata*, op. cit., p. 31

¹¹³ L'importanza della concorrenza e del mercato emergono per esempio all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, agli artt.3 par.3 e 21 par.2 del TUE, agli artt.3 par.1 lett. b), 32 lett. C), 34ss., 119 par.1, 120 del TFUE e al Protocollo 27 allegato ai Trattati.

fiducia e del patrimonio. Ciò risulta tanto più evidente se si considera il fatto che gli Stati avevano la possibilità di avvalersi di una clausola di riserva quinquennale (2005-2010), con la quale potevano limitare le incriminazioni nei rispettivi ordinamenti alle sole condotte lesive della concorrenza. Questo sembrerebbe indicare il fatto che, “a regime”, la Decisione quadro tutela beni ulteriori rispetto alla concorrenza, di carattere privatistico.

Pertanto lo strumento eurounitario rappresenta un modello volto alla tutela della concorrenza con un substrato lealistico, costituito dal fatto che il necessario presupposto della corruzione fra privati è che il soggetto metta in atto una condotta sleale consistente nella violazione dei doveri. Quali siano precisamente questi doveri il legislatore europeo non lo chiarisce, perché la loro definizione compete all’ordinamento civilistico e lavoristico di ciascuno Stato membro, con la conseguenza che, al limite, una determinata condotta potrebbe essere lecita in uno Stato e illecita in un altro.

La Decisione quadro, in definitiva, nonostante la protezione della concorrenza abbia un ruolo preponderante, perlomeno nelle intenzioni del legislatore, è aperta alla tutela di interessi di diversa natura, pubblicistici e privatistici, con un’impostazione particolarmente avanzata, secondo lo schema dei reati di pericolo; ai fini della consumazione, infatti, non sono richiesti né l’effettivo compimento dell’atto, né il nocumento, né la consegna dell’utilità indebita, essendo sufficiente la mera stipulazione del *pactum sceleris*. In ogni caso, è bene ribadirlo, la violazione dei doveri è indefettibile¹¹⁴; è chiaro però che il datore di lavoro non dovrebbe avere il potere di autorizzare la percezione della tangente da parte del dipendente, privando il fatto del carattere illecito, altrimenti il modello sarebbe di tipo lealistico puro, non congruente con la Decisione quadro.

Un ulteriore spunto di riflessione concerne la sua attualità. Parte della dottrina, in una prospettiva *de iure condendo*, ritiene che sarebbe necessaria, accanto ad un ripensamento generale degli strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione nel settore pubblico, anche una migliore definizione della corruzione privata in ambito europeo. Bisognerebbe allora chiarire in modo definitivo se la prospettiva eurounitaria è quella fiduciaria e patrimoniale o quella volta alla tutela della concorrenza, costruendo gli obblighi di criminalizzazione in modo più preciso. Essi potrebbero fondarsi sull’art.83 par. 1 del TFUE, perché l’articolo, facendo un riferimento generico alla corruzione, permette di comprende

¹¹⁴ Ciò sembra corretto anche a livello teorico; il prof. Mongillo a tal proposito (*La corruzione, op cit.*, p. 33) ha affermato che il modello agente-principale, discusso nei paragrafi precedenti, potrebbe combinarsi per esempio con la tutela della concorrenza.

anche quella tra privati¹¹⁵; il tutto dovrebbe comunque essere coordinato con le sanzioni non penali a tutela della concorrenza per la cui irrogazione è competente la Commissione Europea.

A quanto detto può aggiungersi che un chiarimento a livello normativo in merito al bene giuridico tutelato sarebbe opportuno, soprattutto per fornire indicazioni più precise agli Stati membri che sono chiamati a recepire le norme eurounitarie, senza per questo dovere riscrivere la Decisione quadro. Per quanto riguarda invece il coordinamento fra sanzioni penali e diritto *antitrust*, per i fatti di corruzione privata con rilievo “trasfrontaliero certo”, sarebbero opportune sanzioni amministrative comunitarie nei confronti delle persone fisiche, mentre quando la lesione della concorrenza ha ad oggetto il mercato di un solo Stato potrebbero essere le Autorità garanti interne ad occuparsene. Ciò richiederebbe innanzitutto la previsione di sanzioni amministrative nei confronti delle persone fisiche e poi un loro coordinamento con quelle penali¹¹⁶. Quanto al loro contenuto, si potrebbe ipotizzare il pagamento di somme di denaro, oppure la sospensione o l’interdizione dall’esercizio di attività economiche o professionali, la revoca di concessioni, licenze, abilitazioni, sovvenzioni pubbliche, tutti rimedi spesso più efficaci (e temuti) rispetto all’incerta irrogazione di una sanzione penale di entità contenuta e che potrebbero essere previsti a prescindere dall’accertamento di una effettiva lesione della concorrenza.

La Decisione quadro, però, per quanto riguarda le persone fisiche, oltre alla pena della reclusione, menziona solo la possibilità di una temporanea interdizione dall’esercizio della professione (art.4), lasciando quindi aperti degli spazi *de iure condendo* per la previsione di ulteriori rimedi amministrativi, che sarebbero utili per la costruzione di un sistema di contrasto “integrato” alla corruzione privata, dove la pena intesa in senso classico non costituisce il solo rimedio. Una eventuale riscrittura della Decisione quadro dovrebbe pertanto concentrarsi in modo prioritario su questi aspetti.

Nonostante lo strumento eurounitario presenti quindi dei limiti, può condividersi l’opinione per la quale esso è il testo più minuzioso e dettagliato in materia di lotta alla

¹¹⁵ SCALIA, *La corruzione*, *op.cit.*, p. 825-826.

¹¹⁶ Riguardo al coordinamento fra sanzioni penali e amministrative importanti principi sono stati enunciati dalla Corte Edu nel caso A e B contro Norvegia (sentenza del 155/11/2016 ric.24130/2011. La Corte ha sottolineato che il loro concorso è possibile laddove: i procedimenti abbiano ad oggetto la medesima condotta ma scopi differenti; siano connessi; i fatti accertati in un procedimento vengano valutati nell’altro; il trattamento sanzionatorio complessivamente inflitto sia proporzionato; vi sia connessione temporale fra i due procedimenti; il soggetto sia in grado di prevedere *ex ante* il concorso della sanzione penale e di quella amministrativa. Come si vede, sono state sviluppate delle coordinate ermeneutiche che consentono di regolamentare il concorso fra sanzioni penali e amministrative nel rispetto dei principi di legalità e proporzionalità.

private bribery, perché costituisce un imprescindibile (e cogente) punto di riferimento per gli Stati membri ai fini dell'adeguamento delle rispettive normative¹¹⁷.

13. La Convenzione del Consiglio d'Europa e l'approccio "integrato" nella lotta contro la corruzione.

Anche il Consiglio d'Europa ha posto in essere importanti iniziative al fine di contrastare la corruzione, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato. Si tratta di un'organizzazione distinta dall'Unione Europea, anche se gli Stati membri di queste due realtà sono in parte coincidenti e il suo scopo è in particolare la tutela dei diritti umani e la diffusione della cultura giuridica occidentale.

Per quanto concerne la lotta alla corruzione vi sono due Convenzioni concluse in seno al Consiglio d'Europa, una in materia civile e un'altra in materia penale, di cui si tratterà con riguardo alle disposizioni sulla corruzione privata.

Proprio perché non si limita alla previsione dello strumento penale, ma prende in considerazione i profili civilistici e, come si vedrà alla fine del paragrafo, anche i codici etici, sembra che l'approccio del Consiglio d'Europa al fenomeno corruttivo possa definirsi "integrato", in quanto non prende in considerazione il solo diritto penale, ma una pluralità di strumenti.

I lavori preparatori delle Convenzioni sono stati piuttosto articolati. Nel giugno del 1994 i ministri della Giustizia degli Stati membri, riuniti a La Valletta, discussero l'opportunità di intraprendere una iniziativa contro la corruzione, considerato il fatto che essa rappresenta una grave minaccia per la democrazia e i diritti umani; fu così istituito nel settembre dello stesso anno il *Multidisciplinary Group on Corruption (MGC)*, con l'incarico di elaborare un programma d'azione contro la corruzione, tenendo anche in considerazione le iniziative delle altre organizzazioni internazionali. Il programma d'azione presentato concerneva gli aspetti civili, penali e amministrativi e fu adottato nel 1996 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa¹¹⁸. Fecero poi seguito nel 1997 i venti *Guiding principles for the Fight Against Corruption*¹¹⁹, con i quali si sollecitavano gli Stati membri ad intraprendere un'azione

¹¹⁷ PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano*, op.cit., p. 776-777.

¹¹⁸ FLORE, *L'incrimination*, op.cit., p. 61-63.

¹¹⁹ Con questi principi si intendevano ad esempio sollecitare gli Stati membri a predisporre misure anticorruzione, promuovere la consapevolezza della società civile, la trasparenza dei processi decisionali, l'adozione di codici etici per i partiti politici, combattere la corruzione transnazionale, la criminalità organizzata, il riciclaggio, a impedire che le persone giuridiche venissero usate come scudo per le responsabilità delle persone fisiche.

coordinata contro la corruzione, incentivare la cooperazione reciproca, stimolare la creazione di organi specializzati nella materia, porre le basi per la punibilità delle persone giuridiche che venissero utilizzate per commettere fatti di corruzione¹²⁰. Sempre nel 1997, il Comitato dei ministri diede incarico al MGC di elaborare un progetto di convenzione penale, approvato poi dal Comitato e adottato il 4 novembre del 1998. Il testo venne depositato per la sottoscrizione il 27 gennaio del 1999 e successivamente entrò in vigore il primo luglio del 2002, dopo essere stato ratificato da quattordici Stati.

Per valutare la reale portata di questa Convenzione, essa deve essere considerata nel quadro delle altre iniziative poste in essere dal Consiglio d'Europa contro la criminalità, in particolare la Convenzione sulla mutua assistenza legale e sull'extradizione, quella sul riciclaggio e la confisca dei patrimoni frutto del reato.

Nel preambolo vengono spiegate le ragioni per le quali l'Organizzazione ha ritenuto necessario codificare una Convenzione penale contro la corruzione: questo fenomeno danneggia gravemente lo sviluppo della democrazia, dei diritti umani, demoralizza la società, distorce la concorrenza e pregiudica lo sviluppo economico¹²¹. Come si vede, lo strumento del Consiglio d'Europa, rispetto a quello eurounitario, pone più enfasi sulla tutela dello stato di diritto; questo è coerente sia con le finalità di questa organizzazione, che sono state sopra sinteticamente richiamate, sia col fatto che la Convenzione tratta in modo unitario la corruzione pubblica e quella privata e quella dei pubblici funzionari costituisce una minaccia molto più evidente per la tenuta di un sistema democratico. Sui rapporti fra corruzione privata e stato di diritto si rimanda a quanto già esposto in sede di commento della Decisione quadro dell'Unione Europea.

Riguardo al settore privato rilevano soprattutto gli articoli 7 e 8.

All'articolo 7 viene definita la corruzione attiva come il fatto, commesso intenzionalmente nell'ambito di un'attività commerciale, di promettere, offrire o dare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio non dovuto ad una persona che dirige o

¹²⁰ HUBER, *Lotta alla corruzione*, op. cit., p. 474-476.

¹²¹ Come si vede, la Convenzione del Consiglio d'Europa, a differenza dello strumento comunitario che come si vedrà conferisce rilievo preminente alla tutela della concorrenza, tiene senz'altro in considerazione questo bene giuridico, ma accanto ad ulteriori interessi: "*in the Criminal Law Convention of the Council of Europe, the protection of competition can be deduced from the preamble, which enumerates the legal interest threatened by corruption. Amongst other high-ranking values and community interests, such as rule of law, democracy and human rights, fairness and social justice, economic development, stability of democratic institutions and moral foundation of society, competition is mentioned as being distorted by corruption*"(HUBER, *Supranational Measures*, op. cit., p. 576).

lavora in un ente del settore privato per sé stesso o per un terzo, affinché realizzi un atto o si astenga dal realizzarlo in violazione dei suoi doveri.

In modo speculare l'articolo 8 definisce la corruzione passiva come il fatto, commesso intenzionalmente da chi lavora in un'attività del settore privato o la dirige, di sollecitare o ricevere, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito o di accettarne l'offerta o la promessa per sé stesso o per un terzo, al fine di realizzare un atto o di astenersi dal realizzarlo in violazione dei propri doveri¹²².

Occorre sottolineare che, in modo simile all'abrogata Azione comune dell'Unione Europea, la Convenzione del Consiglio d'Europa fa riferimento, sia per il lato attivo sia per quello passivo della corruzione, al fatto che le condotte devono essere commesse intenzionalmente: è dubbio se tale formulazione sia idonea ad estendere la punibilità anche nel caso della sussistenza della forma più lieve di dolo, quello eventuale. Appare allora evidente che agli Stati membri viene in questo caso lasciato un certo margine di discrezionalità nell'attuazione dello strumento internazionale. Va da sé che i fatti commessi a titolo di colpa esulano dall'ambito di applicazione della Convenzione.

Ulteriori indicazioni sulla portata delle fattispecie di corruzione privata delineate dagli articoli 7 e 8 provengono dal *Rapport Explicatif*, che contribuisce a chiarire il senso di alcune espressioni¹²³. Da esso risulta che sono escluse dall'ambito di applicazione delle sopra citate *figurae criminis* le attività *non profit* imputabili a persone o ad organizzazioni non governative. L'obiettivo è infatti quello di colpire il settore degli affari, senz'altro maggiormente toccato dal fenomeno corruttivo; questo però è un limite obiettivo dello strumento in commento, in quanto anche nel cd. "terzo settore" possono verificarsi episodi di corruzione, tanto più che gli enti *non profit* esercitano spesso attività di natura economica e testimonia la vocazione "affaristica" della Convenzione¹²⁴. Gli Stati membri possono però incriminare anche la corruzione privata nel terzo settore, accogliendo così una interpretazione estensiva della Convenzione. Questo, accanto alla già menzionata circostanza relativa al fatto che le condotte devono essere commesse intenzionalmente, segna un'altra differenza rispetto alla Decisione quadro, per la quale invece devono costituire

¹²² Anche in merito al contenuto doveri violati rimando a quanto detto a proposito della decisione quadro dell'UE.

¹²³ DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione*, op. cit., p. 46-52.

¹²⁴ Il Consiglio d'Europa, in modo invero contraddittorio e poco coerente, pur avendo escluso come detto le attività non lucrative dall'ambito di applicazione della Convenzione, ha tuttavia espresso l'auspicio che gli Stati membri adottino un'accezione più ampia possibile del concetto di attività commerciale.

reato anche gli accordi corruttivi conclusi da agenti che lavorano in enti senza finalità di lucro.

Lo schema di corruzione delineato dalla Convenzione è, come abbiamo visto, quello usuale: il soggetto interno all'ente privato viola un proprio dovere in cambio della dazione o della promessa di una utilità e, similmente allo strumento eurounitario, viene tipizzata la sola corruzione propria antecedente. Il vantaggio, di carattere economico, non necessariamente deve essere di natura materiale, ma potrebbe anche consistere nel miglioramento delle prospettive professionali del soggetto corrotto, in favori di vario genere, persino in prestazioni sessuali.

Esso deve comunque essere indebito: questo, nell'intento dei redattori del testo, porta ad escludere i regali di scarso valore o comunque socialmente accettati. È chiaro che l'ampiezza di questo margine di tolleranza è destinata nella prassi a variare a seconda dei diversi orientamenti giuridici. Per quanto concerne l'Italia, nel settore pubblico la percezione di qualsiasi utilità non dovuta costituisce illecito, ma l'interpretazione più ragionevole è che non dovrebbero assumere rilievo penale i *cd. munuscula*¹²⁵. Per la Convenzione del Consiglio d'Europa sembra comunque che il ricevimento di *munuscula* per il compimento di atti in violazione dei doveri non costituisca reato, per cui il trattamento è meno severo; gli Stati membri, nel dare esecuzione allo strumento sovranazionale, potrebbero quindi decidere di adottare, riguardo ai casi di corruzione tra privati, una linea di politica criminale più “comprensiva” nei confronti dei regali d'uso. Il vantaggio indebito, secondo la Convenzione, deve essere offerto, dato o promesso alle persone che dirigono un ente nel settore privato o vi lavorano; è un'espressione molto ampia, che può riguardare i rapporti tra imprenditore e lavoratore e persino quelli tra l'avvocato e il suo cliente. Essa comprende quindi non soltanto i dirigenti delle imprese private, ma anche i dipendenti e coloro che non vi lavorano in modo continuativo, per esempio i collaboratori, i consulenti, gli agenti commerciali, ma non gli

¹²⁵ In precedenza, *ante* legge n.190/2012, invece, si riteneva che per la corruzione impropria, considerata la formulazione dell'art.318 del codice penale, prima rubricato “corruzione per un atto d'ufficio”, il denaro o l'utilità dovessero costituire una “retribuzione” proporzionata rispetto a quanto dato o promesso (cfr. PELISSERO, in BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA, *Diritto penale, op. cit.*, p. 486). Oggi, a seguito delle modifiche di cui alla legge n.190/2012 potrebbero in teoria assumere rilievo penale anche i pagamenti di somme modeste, in quanto l'art. 318, al pari dell'art. 319, fa menzione del denaro o di un'altra utilità. Il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, approvato con D.P.R. n. 62/2013, fa oggi divieto di accettare regali, anche sotto forma di sconto, di valore superiore a 150 euro. RIVERDITI, *Delitti dei pubblici ufficiali, op. cit.*, p. 430-431, sottolinea che la previsione del Codice di comportamento, pur potendo orientare il giudice penale, non potrebbe avere per lui valore vincolante, pena l'arretramento del diritto penale rispetto al procedimento disciplinare; in ogni caso secondo questa dottrina è pacifico che, laddove vi sia sproporzione eccessiva fra quanto dato al soggetto qualificato e la sua controprestazione, non potrebbe parlarsi di corruzione.

azionisti, in quanto essi non ricoprono alcuna carica formale. L'offerta, la promessa o la dazione del vantaggio indebito può essere attribuita non soltanto al corrotto, ma anche a un terzo; in quest'ultimo caso è necessario che il corrotto abbia comunque conoscenza del fatto. Il soggetto interno all'ente privato deve agire, come è detto, in violazione dei propri doveri, venendo quindi meno al rapporto di fiducia e di lealtà che esiste anche nei rapporti di lavoro tra privati (curare gli interessi del superiore gerarchico o del mandatario, non agire in pregiudizio dei loro interessi). Questi obblighi sono per lo più disciplinati dal diritto civile e talvolta dal contratto di lavoro e dai codici etici che le imprese adottano sempre più frequentemente.

La Convenzione del Consiglio d'Europa intende quindi avvicinare la figura dei fenomeni corruttivi del settore privato alla tradizionale figura criminale che dispiega la sua efficacia nel settore pubblico, nella consapevolezza della necessità di assicurare, oltre che come già detto il rafforzamento dello stato di diritto, una leale concorrenza nel mercato, obiettivo non estraneo a questo strumento normativo, anche se non preminente come nella Decisione quadro dell'UE¹²⁶. Gli Stati sono tenuti ad adottare, ai sensi dell'articolo 19, nei confronti delle persone fisiche, sanzioni e misure effettive, proporzionate e dissuasive, comprese pene detentive suscettibili di comportare l'extradizione e i proventi della corruzione devono essere confiscati o sequestrati.

L'articolo 18 richiede che gli Stati introducano nei rispettivi ordinamenti sanzioni effettive proporzionate e dissuasive anche per le persone giuridiche per i fatti di corruzione commessi a loro vantaggio da persone fisiche che esercitano al loro interno un potere dirigenziale, decisionale di rappresentanza o di controllo. La persona giuridica può essere ritenuta responsabile anche nel caso in cui l'omessa vigilanza di chi ricopre incarichi direttivi abbia reso possibile la commissione del reato da parte di soggetti sottoposti al suo controllo. Si tratta, in questo caso, di previsioni corrispondenti a quelle della Decisione quadro.

Va poi segnalato che gli Stati membri, al momento della ratifica, possono dichiarare (articolo 37) di non volere introdurre alcune fattispecie previste fra le quali figurano anche la corruzione attiva e passiva in ambito privato e ciò indebolisce ulteriormente l'effettività di questo strumento; tale riserva ha la durata di tre anni, rinnovabile senza limiti. L'Italia, pur non essendosi avvalsa di questa riserva, ha ratificato la Convenzione con notevole ritardo,

¹²⁶ FLORE, *L'incrimination*, *op. cit.*, p. 67.

mediante la legge n.110 del 28 giugno 2010¹²⁷, perché una precedente proposta presentata in Parlamento non aveva avuto seguito¹²⁸.

La portata degli articoli 7 e 8 deve peraltro essere considerata avuto riguardo a quanto disposto dall'articolo 8 della Convenzione civile sulla corruzione, che come si è detto è stata adottata nel 1999, un anno dopo quella penale.

L'art. 8 dello strumento in parola prevede che gli accordi corruttivi debbano essere dichiarati nulli e che i contratti la cui conclusione è stata determinata da un atto di corruzione siano annullabili perché viziati nella volontà; è previsto anche il risarcimento dei danni, che può essere chiesto non solo dalle parti del contratto, ma anche da chiunque abbia subito un pregiudizio (sono però risarcibili solo i danni diretti) e la possibilità che il giudice conceda misure cautelari. Di conseguenza agli Stati non si richiede solo di sanzionare il *pactum sceleris*, ma anche tutti gli accordi che ne scaturiscono; tale previsione potrebbe rivelarsi efficace soprattutto riguardo ai soggetti che operano nel settore degli affari commerciali, dove la prospettiva di subire una condanna in sede civile è spesso ben più temuta dell'esercizio dell'azione penale. Anche nella Convenzione civile viene presa in considerazione la corruzione privata, perché «under corruption the Convention encompasses both bribery and any other violations of duty by persons entrusted with certain duties, which includes not only public officials, but also private sector actors»¹²⁹.

L'approccio del Consiglio d'Europa conferisce importanza anche ai codici etici, sia per i pubblici funzionari sia nell'attività d'impresa, come sottolineato dal *Programme of action against corruption* adottato dal Consiglio dei ministri¹³⁰; la loro adozione sembra però essere demandata all'iniziativa dei singoli Stati e degli attori del settore privato.

¹²⁷ La dottrina fa presente che questa legge non introduce in realtà modifiche dirette alle norme interne, ma determina l'effetto di rendere cogenti nel nostro ordinamento gli obblighi convenzionali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione (cfr. LA ROSA, *Corruzione privata, cit.*, p. 36).

¹²⁸ Si fa riferimento alla proposta di legge n. 3215 del 2002 volta all'introduzione nel codice penale dell'articolo 513ter: «*corruzione privata: chiunque, dirigendo un ente di diritto privato, lavorando alle dipendenze dello stesso o comunque prestando la sua opera a favore dello stesso, riceve per sé o per un terzo denaro o un'altra utilità o ne accetta la promessa allo scopo di compiere o di omettere un atto in violazione di un dovere nell'ambito di un'attività d'affari, è punito con la reclusione da 1 a 4 anni (primo comma). Per violazione di un dovere ai sensi del primo comma si intende qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un obbligo legale, di normative professionali nell'ambito dell'attività di un ente (secondo comma). Alla stessa pena soggiace chi dà o promette... (terzo comma). Nei casi di speciale tenuità si applica la pena della multa (quarto comma). Il fatto è punibile ove la condotta produca o possa produrre una distorsione della concorrenza nell'ambito del mercato ovvero danni economici all'ente o a terzi, anche attraverso una non corretta esecuzione di un contratto (quinto comma).*»

¹²⁹ HUBER, *Supranational Measures, op. cit.*, p. 588.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 594.

Al fine di monitorare i progressi degli Stati membri in merito all'attuazione delle misure anticorruzione, in seno al Consiglio d'Europa è stato istituito il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO), in linea con i più moderni strumenti internazionali, che prevedono sistemi di valutazione; l'Italia, che pure ha avuto un ruolo chiave in seno ai negoziati per la Convenzione dell'OCSE, ha invece mantenuto un comportamento in parte differente in seno al Consiglio d'Europa, avendo aderito al GRECO solo nel 2007¹³¹ e ratificato, come detto, la Convenzione nel 2010.

Nel corso degli anni l'Italia è stata oggetto di rilievi da parte del GRECO¹³², che hanno riguardato, per quello che interessa il campo di indagine del presente lavoro, anche le modalità con le quali il legislatore interno ha provveduto a criminalizzare la corruzione fra privati. Il GRECO nel 2012 ha infatti avanzato numerosi rilievi in merito alla formulazione allora vigente dell'articolo 2635 del codice civile: un'insufficiente estensione dei soggetti attivi, la mancata previsione dei casi in cui l'utilità venga promessa o ricevuta per altri o tramite intermediari, la configurazione della fattispecie quale reato di evento, la procedibilità a querela¹³³ e l'omesso trasferimento di questa fattispecie nel codice penale¹³⁴. Come si vedrà, questi rilievi, unitamente agli obblighi assunti in sede eurounitaria, sono stati i motivi che hanno indotto il legislatore interno a modificare la fattispecie nel 2012, nel 2017 e infine nel 2019.

14. La Convenzione dell'ONU: un'occasione persa per la corruzione privata.

Anche nell'ambito delle Nazioni Unite sono state intraprese iniziative contro la corruzione. Nel 1996, in particolare, l'Assemblea generale ha approvato due risoluzioni con le quali ha sollecitato gli Stati a prevenire e combattere, compatibilmente con i principi dai rispettivi ordinamenti, la corruzione nel commercio internazionale¹³⁵. Si richiedeva inoltre che essi promuovessero l'adozione da parte degli operatori del settore privato di pratiche volte a migliorare la trasparenza delle transazioni commerciali internazionali, in modo da

¹³¹ SALAZAR, *Contrasto alla corruzione*, cit., p. 4276.

¹³² Cfr, per esempio BONFIGLIOLI, *L'Italia valutata dal GRECO*, in *Cass.pen.*, 2010, fasc.3, p. 1167 ss. L'opera del GRECO, a differenza di quella della Commissione Europea che dispone dello strumento dell'apertura di una procedura di infrazione, sembra però limitata alla *moral suasion*.

¹³³ LA ROSA, *Corruzione privata*, op. cit., p. 298-299.

¹³⁴ SCALIA, *La corruzione*, op. cit. p. 698.

¹³⁵ Si tratta delle risoluzioni del 16 dicembre del 1996 n.51/59 sull'*International Code of Conduct for Public Officials*, e n.51/191 U.N. *Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions*.

contrastare la corruzione e le altre pratiche illecite ad essa collegate¹³⁶. Nel 1998 vi è stata una terza risoluzione¹³⁷ sulla corruzione nel commercio internazionale, con la quale le Nazioni Unite, nel quadro di un programma volto a sostenere gli sforzi degli Stati nella lotta alla corruzione, hanno richiesto loro di attuare gli accordi e le risoluzioni internazionali in materia. Nel 1999, poi, l'ufficio delle Nazioni Unite per il controllo degli stupefacenti e la prevenzione dei reati ha pubblicato un programma contro la corruzione: l'obiettivo era quello di raccogliere informazioni sufficienti per realizzare una cooperazione tecnica tra gli Stati che dovevano essere guidati nello sviluppo e nel rafforzamento delle capacità nel contrastare questo fenomeno.

Il culmine di tali sforzi fu raggiunto il 31 ottobre del 2003, quando l'Assemblea Generale ha adottato il testo della Convenzione contro la corruzione, nota anche come Convenzione di Merida (UNCAC). Questo strumento «porta a compimento a livello mondiale i frutti dei precedenti esercizi negoziali condotti in materia di corruzione dai vari organismi internazionali, a livello regionale o subregionale»¹³⁸, al fine di apprestare una strategia globale nel contrasto ai fenomeni corruttivi in tutte le forme nelle quali essi si manifestano. Lo scopo della Convenzione trascende però la semplice lotta alla corruzione, perché si intende combattere anche la criminalità organizzata, che spesso viene alimentata dai rapporti corruttivi, e i vari reati satellite, fra i quali il riciclaggio¹³⁹.

Nel preambolo vengono spiegate le ragioni dell'attenzione dedicata dall'Organizzazione alla lotta contro la corruzione: essa pregiudica la stabilità e la sicurezza della società, i valori della democrazia, dell'etica e della giustizia, il *rule of law*. Dal momento che questo fenomeno si manifesta oggi in una dimensione sempre più transnazionale, è necessario che gli Stati non si limitino a perseguirla nei rispettivi ordinamenti interni, ma collaborino fra loro, anche con l'appoggio e il coinvolgimento di singoli individui e gruppi. Lo strumento apprestato dalle Nazioni Unite si pone in linea di continuità con l'iniziativa delle altre organizzazioni internazionali e regionali: l'Unione Europea, il Consiglio d'Europa, la Lega Araba, l'OECE, l'Organizzazione degli Stati Americani e il *Custom Cooperation Council*. Agli Stati si richiede di collaborare attivamente tra loro e con le organizzazioni internazionali e regionali nel promuovere misure volte al contrasto dei fenomeni corruttivi, ciascuno nel

¹³⁶ ACCONCI, *La corporate social responsibility*, Napoli, 2009, p. 277-288.

¹³⁷ *Resolution* n.53/176 del 15 dicembre 1998.

¹³⁸ LA ROSA, *Prospettive di repressione penale della corruzione privata nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2007, p. 209.

¹³⁹ SCALIA, *La corruzione*, *op. cit.*, p. 74-75.

rispetto dei principi giuridici fondamentali del proprio ordinamento (articolo 5). Lo scopo della Convenzione consiste nella prevenzione e nella repressione della corruzione e nella creazione di strumenti idonei al congelamento e al sequestro dei proventi del reato (articolo 3).

Per quanto riguarda il settore privato, gli Stati sono tenuti ad adottare sanzioni civili, penali e amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive per i casi di corruzione. Viene dato particolare rilievo (art.12), e questo segna una significativa differenza rispetto agli strumenti del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea, alla partecipazione della società civile (*“promote the active participation of individuals and groups outside the public sector... raise public awareness regarding the existence, causes and gravity...of...corruption”*)¹⁴⁰ e alla collaborazione degli stessi enti privati. Essi, in particolare, dovranno essere incoraggiati ad adottare procedure volte a salvaguardare l'integrità della loro gestione, ivi compresi dei codici di condotta. Il loro operato dovrà essere reso trasparente anche attraverso la previsione di misure atte a rendere nota l'identità delle persone fisiche o giuridiche che ne detengono il controllo e assumono le decisioni di maggiore importanza. Le imprese private, inoltre, dovranno dotarsi di efficienti sistemi di *internal auditing* al fine di prevenire casi di corruzione ed essere assoggettate ad appropriate procedure di controllo finanziario ad opera di agenti esterni (art.13). È noto infatti che spesso le somme utilizzate per remunerare le controparti di accordi corruttivi vengono dirottate in fondi neri esterni al bilancio, ragion per cui un controllo indipendente è assolutamente opportuno¹⁴¹.

La corruzione privata viene definita sul versante attivo e passivo dall'articolo 21 della Convenzione (*“bribery in the private sector”*). La corruzione attiva è la condotta di chi

¹⁴⁰ L'azione del Consiglio d'Europa in relazione al contributo della società civile, come abbiamo visto, sembra più che altro incentrata sull'adozione di codici etici nel mondo degli affari. L'intenzione delle Nazioni Unite, invece, è nel senso di un complessivo coinvolgimento della società civile nella lotta alla corruzione.

¹⁴¹ In merito al rapporto fra corruzione privata e fondi neri, si segnala il contributo di MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2012, fasc.4, p. 906-923. Egli sottolinea che «le pratiche occulte della corruzione privata comunque intercettano già da tempo la portata di vari reati nell'ordinamento italiano: da quelli tradizionalmente presenti e di portata generale (appropriazione indebita e truffa, ma anche rivelazione di segreto scientifico o industriale), alle incriminazioni che si rivolgono a soggetti qualificati, ad esempio nel settore dei reati tributari...ed anche dei reati societari, che nella riforma di cui al dlgs.n.61 del 2002, sono state rinnovate (il falso in bilancio) o introdotte appositamente (come la ricordata infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, da ultimo modificata ed ora espressamente denominata corruzione tra privati)». Per cui, in definitiva, «la rilevanza penale dei fondi neri come fenomeno connesso alle forme di corruzione privata è comunque rappresentabile non come un binario unitario che conduce ad una sola meta di qualificazione dei fatti, ma da un caleidoscopio che compone figure di reato differenti...», come per esempio le false comunicazioni sociali e l'appropriazione indebita.

intenzionalmente, nel corso di un'attività economico-finanziaria (presumibilmente quindi resta escluso il settore *non profit*) promette, offre o dà direttamente o indirettamente un vantaggio non dovuto a una persona che dirige un'entità nel settore privato o vi lavora in qualunque posizione, per la persona stessa o per un'altra persona, affinché essa agisca o si astenga dall'agire in violazione dei suoi doveri. La corruzione passiva è definita in modo speculare. Gli Stati devono valutare l'opportunità di adottare (“*consider adopting*”) le misure che possono essere necessaria per considerare questi fenomeni “*criminal offences*”.

Come si vede, la definizione rispecchia quella data nel 1999 dalla Convenzione del Consiglio d'Europa, per cui appare molto probabile che i redattori del testo delle Nazioni Unite si siano avvalsi dei lavori del Consiglio d'Europa (quest'ultima Convenzione è del resto richiamata nel Preambolo): per il commento dell'art.21 si rinvia pertanto a quanto detto riguardo all'altro strumento sovranazionale, con la precisazione che anche la Convenzione UNCAC si limita a sanzionare la corruzione propria antecedente.

La Convenzione delle Nazioni Unite, in definitiva, più che essere rivolta all'armonizzazione cogente degli ordinamenti interni (sono infatti fatte salve le prerogative degli Stati e nel caso della corruzione privata essi devono soltanto valutare l'opportunità di sanzionarla), tende invece a richiamare l'attenzione sulla gravità del fenomeno della corruzione e ad incoraggiare la cooperazione¹⁴².

Gli Stati, infatti, devono darsi reciproca assistenza nella forma più ampia possibile nelle indagini e nel perseguimento dei reati indicati nel testo della Convenzione (articolo 46). Occorre però sottolineare che per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria le norme apprestate presentano alcune lacune, perché per esempio non sono previste procedure per risolvere i conflitti positivi di giurisdizione, ma vi è soltanto l'obbligo di consultazione reciproca¹⁴³.

La Convenzione delle Nazioni Unite, quindi, se non ha un valore meramente politico, non può nemmeno essere assimilata a un testo legislativo vero e proprio, ma è piuttosto uno strumento *soft law*. Come si è detto, nemmeno il testo del Consiglio d'Europa ha un carattere

¹⁴² Cfr. WEBB, *The United Nations Convention against corruption: global achievement or missed opportunity?* In *Journal of international economic law*, 2005, fasc.8, p.191 ss. L'introduzione dell'incriminazione della corruzione privata ha dato luogo a contrasti durante i negoziati (cfr. il paragrafo seguente), per cui la scelta finale è stata compromissoria. Si ritiene che: «*in failing to criminalize bribery and embezzlement in the private sector, the convention falls short of the standard set by the EU Joint Action*». Si sottolinea, in sostanza, che lo strumento eurounitario appare più completo.

¹⁴³ DE AMICIS, *Cooperazione Giudiziaria*, op. cit.p. 69.

realmente cogente, perché gli Stati in sede di ratifica possono riservarsi di non introdurre nei rispettivi ordinamenti alcune fattispecie fra le quali la corruzione privata¹⁴⁴.

Da quanto esposto sembra che i risultati conseguiti dalla Convenzione ONU possano dirsi nel complesso deludenti, con particolare riguardo non solo alla corruzione in ambito pubblico, ma soprattutto a quella nel settore privato, dove lo strumento si limita a una semplice raccomandazione agli Stati, con una sorta di *moral suasion*. Può dirsi che, nonostante gli obiettivi dell'azione dell'ONU fossero molto ambiziosi (promuovere riforme democratiche, una società civile consapevole, lo stato di diritto, i reciproci controlli fra le istituzioni, alleanze strategiche fra i diversi attori coinvolti nella lotta alla corruzione, sviluppo di politiche comuni)¹⁴⁵, la Convenzione, che avrebbe potuto essere un fondamentale strumento di armonizzazione a livello mondiale dell'istituto della corruzione fra privati, si è risolta in un'occasione persa.

L'Italia ha provveduto a ratificare la Convenzione con la legge n.116 del 3 agosto 2009¹⁴⁶.

In conclusione, l'unico atto realmente vincolante per gli Stati membri è la Decisione quadro dell'Unione Europea, più dettagliata nei suoi contenuti e nella quale è prevista anche la durata minima della pena detentiva.

15. Le convenzioni internazionali sulla corruzione privata e lo “strano caso” degli Stati Uniti.

Nel paragrafo introduttivo agli strumenti internazionali di contrasto alla corruzione si è sottolineato il ruolo di *leadership* assunto dagli Stati Uniti nella promozione delle codificazioni.

Non è stato però così in materia di corruzione privata. L'estensione della Convenzione di Merida del 2003 alla corruzione privata è stata infatti una delle questioni che hanno generato maggiori contrasti in sede di negoziazione, tanto che, come si è visto, la soluzione

¹⁴⁴ Cfr. GANDINI, IUZZOLINO, *Come si cambia in Italia in nome della Convenzione ONU contro la corruzione*, in *Dir. e giust.*, 18 febbraio 2006, p.43.

¹⁴⁵ Trattasi dei sei pilastri alla base dell'azione dell'ONU, per un approfondimento dei quali si rimanda a A.Spena, *Il turpe mercato*, cit., p.563.

¹⁴⁶ Per un commento alla legge di ratifica, con toni critici, cfr. KILDANI, *La legge italiana di ratifica alla Convenzione di Merida contro la corruzione (L.3 agosto 2009 n.1163)*, in *La Legisl. Pen.*, 2010, fasc.2, p.119 ss.

infine adottata è stata compromissoria, perché la scelta dell'incriminazione viene rimessa ai singoli Stati, presentandosi come facoltativa.

Questa scelta è stata determinata dal fatto che nel corso dei lavori si è registrato un contrasto tra gli Stati Europei, Latino Americani e dei Caraibi, favorevoli all'introduzione di un obbligo di repressione di questo fenomeno, e gli Stati Uniti, che avrebbero invece voluto limitare il testo della Convenzione al settore pubblico; come si è visto nelle pagine precedenti, d'altronde, l'attenzione del legislatore statunitense si è tradizionalmente rivolta verso questo ambito, con l'adozione già nel 1977 del *Foreign Corrupt Practices Act* in materia di corruzione dei pubblici ufficiali stranieri.

Un rappresentante degli Stati Uniti, interpellato in merito alla volontà del suo Paese di non porre obblighi di incriminazione in materia di corruzione privata, affermò che: "*private sector bribery is not a crime in the United States. We get at it in other ways*"¹⁴⁷. Probabilmente la preoccupazione degli USA era nel senso che l'estensione della Convenzione al settore privato avrebbe aperto le porte a possibili procedimenti giudiziari in Paesi terzi riguardo a contratti e commesse irregolari.

Nonostante la posizione conservatrice adottata in seno alle Nazioni Unite, non può però dirsi che l'ordinamento degli USA sia indifferente rispetto ai fenomeni di corruzione privata. Di seguito si faranno brevi cenni ad alcuni dei rimedi apprestati dalla legislazione statunitense.

Il Congresso ha innanzitutto rivolto la sua attenzione alle cd. *Public Companies*, ossia le grandi società ad azionariato diffuso dove spesso è predominante il ruolo degli amministratori rispetto a quello degli azionisti.

In considerazione di queste peculiarità, nel 2002 è stato adottato il *Sarbanes Oxley Act*, allo scopo di ripristinare la fiducia degli azionisti contro possibili frodi mediante il rafforzamento della *corporate responsibility*, attraverso l'introduzione di nuovi obblighi informativi, il miglioramento del *financial reporting*, dei servizi di *auditing* e l'inasprimento delle sanzioni in seguito all'accertamento di violazioni della legge e di condotte fraudolente da parte dei *managers*¹⁴⁸. Si richiama in particolare l'attenzione su alcuni degli undici titoli nei quali si suddivide l'atto in commento: *Title 5 (Analysis of conflict of interest)*, *Title 8*

¹⁴⁷ WEBB, *The United Nations Convention*, op. cit., p. 191 ss.

¹⁴⁸ ZANICHELLI, MOLINARI, *Dlgs. 231/2001, UK Bribery Act e US Sarbanes Oxley act: profili di attinenza ed estraneità*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, 2017, fasc.1, p. 178.

(*Corporate and criminal fraud accountability*), Title 9 (*White-collar penalty enhancement*), Title 11 (*Corporate fraud and accountability*). Nonostante Il *Sarbanes Oxley Act* non si occupi esplicitamente di corruzione, tende comunque a sanzionare condotte illecite che gravitano attorno a questo fenomeno.

Grande importanza in materia di *corporate responsibility* hanno nell'esperienza statunitense i *deferred prosecution agreements*, strumenti di riabilitazione negoziata, che consentono di posticipare il procedimento penale e di estinguerlo se l'ente che ha commesso illeciti raggiunge un accordo con la pubblica accusa e vi dà corretta esecuzione¹⁴⁹: la responsabilità d'impresa, soprattutto degli enti di tipo *corporate*, è dunque uno strumento fondamentale con cui gli Stati Uniti affrontano la delicata tematica delle condotte illecite, e dunque anche corruttive, che si manifestano nel mercato.

In un interessante contributo sono elencati gli strumenti più spesso utilizzati per sanzionare la *private bribery* negli Stati Uniti nei confronti delle persone fisiche¹⁵⁰, che di seguito si riportano:

- *The travel Act (1961 as amended)*
- *The Anti Kickbak Act (1946 as amended)*
- *The Federal Securities Laws and State "Blue Sky" Laws*
- *The Mail and Wire Fraud Statutes (1948 as amended)*
- *Racketeering Influenced and Corrupt Organization Act- RICO Act (1970 as amended)*
- *The Clayton Anti-Trust and Robinson-Patman Act (1936 as amended)*
- *The Economic Espionage Act (1996)*
- *Tax Fraud and Internal Revenue Code (1954 as amended)*
- *Bribery in Procurement of Bank Loans (1984 as amended)*
- *Sports Bribery (1964 as amended)*
- *Bribery of Witnesses and Perjury (1962 as amended)*
- *Bribery Within Employee or Pension Plans*

¹⁴⁹ MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione negoziata per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind.pen.*, 2013, fasc.2, p.737 ss. (nel Capitolo VI par.8.1 si avrà modo di esaminare la tematica in modo più approfondito).

¹⁵⁰ HENDERSON, GUIDA, *United States*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di HEINE, HUBER, ROSE, Freiburg, 2003, p.493 ss.

Come si vede trattasi di norme, in alcuni casi risalenti nel tempo, che sanzionano la *private bribery*¹⁵¹ in relazione ad una pluralità di interessi, non necessariamente di natura commerciale. Nonostante non esista, allo stato attuale, una norma di carattere generale che reprime la corruzione privata, può concludersi che l'ordinamento americano appresta rimedi in diversi settori nei confronti delle persone fisiche e giuridiche, mediante un approccio pragmatico e comunque non sistematico¹⁵².

In disparte le argomentazioni già esposte in merito al ruolo che i Paesi dominanti hanno nelle codificazioni sovranazionali quanto al contenuto formale (per esempio sulla configurazione dogmatica delle fattispecie, come abbiamo visto in precedenza nel caso della corruzione) e sostanziale (scelta delle condotte da incriminare, introduzione di obblighi o di semplici facoltà), la spiegazione più plausibile del comportamento degli USA durante i negoziati della Convenzione ONU risiede (cfr. *supra*) nella volontà di proteggere le proprie imprese dalle giurisdizioni straniere, nel timore di un giudizio non imparziale o forse nella consapevolezza che le *Public Companies* americane, perlomeno all'estero, non sempre conducono i loro affari in modo cristallino.

16. I modelli di corruzione privata e le classificazioni della dottrina.

A questo punto, prima di proseguire nella disamina della corruzione tra privati come tipizzata nei maggiori Paesi europei, occorre effettuare una premessa teorica in merito ai modelli che la dottrina ha seguito nell'analisi di questo fenomeno.

¹⁵¹ Si precisa anche (*Ibidem*, p. 546) la differenza fra *bribery and extortion*; «*the main distinction between extortion and bribery seems to be that the former requires a certain degree of coerced consent or oppression*».

¹⁵² Nonostante manchi una norma generale a livello federale, vi sono norme a livello statale. Per esempio, lo Stato di New York stabilisce che “*an employee, agent or fiduciary is guilty of commercial bribery ...when, without the consent of his employer or principal, he solicits, accepts or agrees to accept any benefit from another person upon an arrangement or understanding that such benefit will influence his conduct in relation to his employer's or principal's affairs*”; parimenti, una legge dello Utah stabilisce che costituisce un crimine la condotta della persona che, “*without the consent of the principal, contrary to the interests of the principal, confers, offers, or agrees to confer upon the agent, or fiduciary of the principal any benefit with the purpose of influencing the conduct of the agent, or fiduciary in relating to his principal's affairs*” (a differenza della precedente norma viene qui sanzionata la corruzione attiva). In alcune circostanze, peraltro, la giurisprudenza statunitense ha richiesto, ai fini della consumazione del reato, la sussistenza di un danno a carico del patrimonio del principale. Per esempio, in *USA Vs Jain*, relativa al caso di uno psichiatra che, previa la ricezione di tangenti aveva indirizzato i pazienti presso determinati ospedali, non è stato ravvisato illecito perché il Governo non aveva riportato danni, avendo gli ospedali in questione applicato tariffe di mercato e quindi non eccessive; allo stesso modo è stato giudicato il pagamento di tangenti al Comitato Olimpico Internazionale in occasione delle Olimpiadi di Salt Lake City del 2002, non essendo stato possibile individuare un soggetto danneggiato. Cfr. MILLS, WEISBERG, *Corrupting the harm requirement in white collar crime*, in *Stanford Law Review*, 2008, fasc. 60, p. 1371 ss.

Un primo orientamento¹⁵³, seppur *ex professo cum grano salis*, afferma che la corruzione privata (*commercial bribery*) può essere considerata, nelle vigenti legislazioni, sulla base di tre modelli.

Il primo è di natura strettamente patrimonialistica, nel senso che la corruzione nel settore privato è condannata in quanto danneggia gli assetti proprietari, ovvero i *corporate assets*, gli *shareholder interests or property interests*; in quest'ottica il fenomeno è stigmatizzato in quanto suscettibile di provocare un danno economicamente valutabile, innanzitutto alle imprese e più in generale alla proprietà privata.

Il secondo modello prescinde invece dalla causazione di un pregiudizio economico, poiché la corruzione privata è incriminata in quanto viola o mette in pericolo le relazioni fra il datore di lavoro e i suoi dipendenti, in particolare il rapporto di fiducia che deve sussistere: ciò che viene sanzionato è la *breach of trust*.

Il terzo, denominato *promotion of competition*, tende invece a proteggere la «*free and fair competition and the functioning conditions of the market*»¹⁵⁴.

La dottrina in commento avverte peraltro che i modelli proposti sono rappresentazione teoriche che non devono essere intese rigidamente, in quanto vi sono sottocategorie ed essi tendono inevitabilmente a sovrapporsi. Questa osservazione pare corretta, tanto più che, come si vedrà nei capitoli successivi, a volte i modelli teorici si fondono con un singolare sincretismo: è questo il caso della previgente fattispecie italiana dell'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, che sarà oggetto di specifico commento¹⁵⁵. Si richiama qui, seppur in modo sintetico, l'attenzione sul fatto che alcuni ordinamenti hanno ricercato un approccio composito: per esempio in Germania, accanto al tradizionale modello di tutela della concorrenza, è stata introdotta più recentemente una variante lealistica¹⁵⁶. Questo fa comprendere che, nel momento in cui i singoli Stati disciplinano il fenomeno, non sempre aderiscono ad un preciso modello teorico, ma a volte adottano scelte di natura eclettica, o per reprimere la corruzione fra privati in modo più esteso, come ha fatto la Germania, oppure per ridurre la portata della norma, come ha fatto per molto tempo l'Italia.

Altra opinione preferisce invece effettuare, all'interno dei modelli di contrasto alla corruzione privata nel diritto europeo, anziché una tripartizione, una bipartizione,

¹⁵³ HEINE, *Comparative analysis, in Private commercial bribery, op. cit.*, p. 608 ss.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.613.

¹⁵⁵ Cfr. Capitolo V par.2.

¹⁵⁶ Cfr. Capitolo IV par. 4.2.

distinguendo fra i Paesi che individuano il contenuto dell'illecito nel fatto che il corrotto viola i suoi doveri rispetto al datore di lavoro e quelli che concentrano l'antigiuridicità della condotta nella lesione della concorrenza leale¹⁵⁷.

Dello stesso avviso è la prevalente dottrina italiana, della quale si riporta un passo che esprime in modo chiaro questa opzione teorica: «da un lato vi è un modello privatistico a tutela degli interessi del datore di lavoro che centra il disvalore del fatto non tanto nel patto corruttivo, ma nel successivo ed effettivo compimento di atti in violazione di doveri funzionali che legano l'agente al principale e nel danno che viene cagionato all'ente... in questa prospettiva il tipo criminoso tende ad essere configurato come reato di danno e a presentare i seguenti caratteri: i soggetti autori sono di regola gli apicali per la rilevanza dei loro poteri decisionali; la condotta incriminata consiste in un patto corruttivo dal quale deve scaturire l'effettivo compimento di atti in violazione dei doveri di ufficio, che a sua volta produce un danno all'ente...dall'altro vi è un modello pubblicistico a tutela degli interessi esterni di terzi nella concorrenza leale tra enti e nella fiducia dei consumatori sull'esistenza di regole di mercato, che incentra il disvalore nel patto corruttivo finalizzato ad alterare le regole del gioco»¹⁵⁸. Un altro studioso che si è occupato del fenomeno precisa nello stesso senso che oggi le linee di intervento presenti nelle legislazioni europee sono due: una prima, che tende verso la tutela di beni di natura individuale, per la quale viene sanzionato il pregiudizio causato a soggetti determinati, e una seconda, che protegge invece interessi collettivi esterni all'impresa, di natura pubblicistica¹⁵⁹.

Come si vede, la strada seguita dalla dottrina maggioritaria è quella di tracciare una *summa divisio* fra i modelli di stampo privatistico e quelli di matrice pubblicistica (che considerano la concorrenza quale bene protetto), unificando tendenzialmente i modelli patrimonialistico e lealistico: questa sarà la prospettiva del presente lavoro che, pur nella consapevolezza del fatto che tali paradigmi non possono essere del tutto sovrapposti, ne farà oggetto di trattazione congiunta nel prossimo capitolo.

La prospettiva adottata è peraltro solo parzialmente coincidente con la dottrina sopra citata, perché si è preferito, come proposto in una recente monografia sulla corruzione, dare rilievo anche all'opzione basata sul superamento del dualismo fra settore pubblico e settore privato emersa in alcuni ordinamenti (Svezia e soprattutto Gran Bretagna), dove il fenomeno

¹⁵⁷ DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La Corruzione, op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁸ BARTOLI, *Corruzione privata, op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁹ LA ROSA, *Corruzione, op. cit.*, p. 44-46.

corruttivo riceve una trattazione unitaria sotto il profilo penale¹⁶⁰. Secondo questa visione, quindi, risalta più chiaramente il modello unitario, che gli orientamenti sopra esposti tendono invece a classificare quale sottofattispecie del modello privatistico, sottolineando la violazione della fiducia fra *agent* e *principal* quale elemento caratterizzante.

Si procederà quindi alla disamina dei modelli proposti dai principali Paesi europei secondo la seguente suddivisione: modelli di matrice privatistica (patrimonialistico e lealistico), modelli pubblicistici, modelli unitari.

La trattazione avrà carattere non solo sincronico, ma anche diacronico, perché saranno analizzate anche fattispecie non più in vigore, quali l'art.152-6 del Codice del lavoro francese¹⁶¹ e l'infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità (anche in rapporto all'infedeltà patrimoniale), che presentano dei profili di interesse teorico. La norma del codice del lavoro francese, seppur abrogata, è infatti la più compiuta espressione della concezione lealistica.

Sarà infine dedicato spazio al rapporto fra impresa e corruzione privata, nella consapevolezza che è proprio l'impresa il luogo dove si verificano più spesso, anche se non esclusivamente, accordi corruttivi in grado di ledere il corretto funzionamento del mercato.

¹⁶⁰ SCALIA, *La corruzione*, *op. cit.*, p. 36-37. Riguardo alla corruzione privata viene proposta una quadripartizione: il modello patrimonialistico; il modello lealistico; il modello di tutela della concorrenza; il modello unitario. Occorre sottolineare che, benché solitamente il modello di tutela della concorrenza venga considerato come "pubblicistico", poiché fa riferimento alla tutela di interessi superindividuali, ed è questa la denominazione che sarà adottata nel presente lavoro, altra parte della dottrina definisce invece "pubblicistico" il modello unitario: si valorizza il fatto che questo modello trasferisce nell'ambito privatistico il paradigma della corruzione amministrativa del pubblico funzionario (cfr. ZANNOTTI, *La corruzione privata*, *op. cit.*, p. 546).

¹⁶¹ Cfr. Capitolo II par. 4.

CAPITOLO II

LA CORRUZIONE FRA PRIVATI NELL'OTTICA PRIVATISTICA: I MODELLI PATRIMONIALISTICO E LEALISTICO

SOMMARIO: 1. Introduzione ai modelli patrimonialistico e lealistico... - 2. ...E loro critica. - 3. Il concetto di patrimonio nella fattispecie di corruzione privata. - 4. Il modello lealistico puro francese: dall'art. 177 del vecchio codice penale al previgente art. 152-6 del *Code du travail*. - 4.1. La trasposizione della norma dell'art. 152-6 del *Code du travail*, la sua scarsa applicazione e l'abrogazione nel 2005. - 5. Il Portogallo e il modello lealistico evoluto... - 5.1. ...Aperto alla concorrenza nella sua forma aggravata. - 6. L'Olanda e il modello lealistico figlio dell'art. 152-6 del *Code du travail*. - 6.1. La scarsa effettività del modello olandese e la sua dubbia conformità con gli strumenti sovranazionali. - 7. L'Austria e la corruzione privata: introduzione. - 7.1. Il paragrafo 253 a OSTGB quale espressione (quasi) compiuta del modello patrimonialistico. - 7.2. Alcune considerazioni sul paragrafo 153a OSTGB. - 7.3. La riforma austriaca della corruzione privata e il paragrafo 309 OSTGB. - 8. Brevi riflessioni conclusive sui modelli privatistici.

1. Introduzione ai modelli patrimonialistico e lealistico...

Nel presente capitolo saranno esaminati i modelli privatistici in materia di contrasto alla corruzione privata, quello patrimonialistico e quello lealistico, che può essere anche denominato lealistico-fiduciario o semplicemente fiduciario.

Dal momento che il loro obiettivo è tutelare soltanto interessi interni al rapporto fra agente e principale (nella maggior parte dei casi fra dipendente e datore di lavoro, trattandosi di fatti che usualmente anche se non sempre avvengono all'interno dell'impresa) e la loro struttura non è molto differente, essi possono essere trattati in modo unitario, come già spiegato alla fine del capitolo precedente¹⁶².

¹⁶² Cfr. par.16.

Nel modello patrimonialistico ciò che si intende tutelare è l'integrità del patrimonio del principale¹⁶³, per cui esso viene anche chiamato *property and assets of enterprises model*¹⁶⁴, specificando in quest'ultimo caso che l'offesa tipica è la gestione fraudolenta del patrimonio aziendale o la fraudolenta supervisione di esso. Tale modello non necessariamente presuppone, per l'integrazione del reato, la verifica di un danno, ma può essere sufficiente che l'agente, a seguito della dazione o della promessa di un'utilità indebita da parte di un terzo, tenga o si impegni a tenere una condotta attiva o omissiva suscettibile di provocare anche soltanto il pericolo di un danno al patrimonio del principale.

In sostanza, premesso che la tutela è focalizzata sul patrimonio, la scelta per la configurazione della fattispecie concreta quale reato di danno o di pericolo è rimessa al legislatore che intende adottare il modello; come si vedrà, il paragrafo 153a del codice penale austriaco, che meglio rappresenta questo paradigma, non richiede la verifica di un danno, e di conseguenza la tutela è più avanzata.

Nel modello lealistico, invece, ciò che acquista primaria rilevanza non è la tutela degli interessi patrimoniali del principale, ma la violazione del rapporto di fedeltà che lega il dipendente al datore di lavoro¹⁶⁵; nonostante lo scopo sia apparentemente divergente rispetto al modello patrimonialistico, sembra che anche in questo caso il fine di tutela del patrimonio esista, seppur in modo implicito, soprattutto in considerazione del fatto che si tratta pur sempre di un modello di natura privatistica.

Nel momento in cui il dipendente riceve un'utilità non dovuta, o anche soltanto la promessa, al fine di compiere un atto contrario ai suoi doveri, tradisce la fiducia del datore di lavoro, si comporta in modo sleale, infedele, perché agisce occultamente a vantaggio di un diverso, e spesso contrapposto, centro di interessi.

Perché venga meno l'infedeltà è necessario che il dipendente informi il datore dell'accordo fra lui e il terzo, in modo che il *principal* possa dare il suo assenso alla ricezione

¹⁶³ SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2007, fasc.4, p. 805 ss.

¹⁶⁴ HEINE, *Comparative analysis*, in *Private commercial bribery*, a cura di HEINE, HUBER, ROSE, Freiburg, 2003, p. 613.

¹⁶⁵ SPENA, *Punire la corruzione?*, *op. cit.*, p.807 ss; HEINE, *Comparative analysis*, *op.cit.*, p. 614; DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione, La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e diritto comparato*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 58-60.

della tangente, privando il fatto del carattere illecito (così è per esempio nei modelli che saranno esaminati, ovvero il previgente art.452-6 del *Code du travail* francese e l'art.328ter del codice penale olandese); non si richiede invece la tangente venga trasferita al *principal*, essendo questa piuttosto una prerogativa del modello patrimonialistico, che per il resto condivide la facoltà dell'imprenditore di consentire il *pactum*, a qual punto non più criminoso. Ciò non deve stupire, dal momento che il solo destinatario della tutela nella prospettiva dei modelli privatistici è il datore di lavoro con i suoi interessi morali e patrimoniali.

Occorre inoltre precisare che molto spesso la dottrina usa i termini fedeltà e fiducia come sinonimi e tali potranno essere utilizzati nel presente lavoro, sebbene a rigore essi non siano sovrapponibili.

Mentre infatti la fiducia ha un carattere eminentemente soggettivo e resta nel foro interno della persona, spesso imperscrutabile, fedeltà significa invece subordinazione di un interesse ad un altro. La fedeltà può essere di natura personale, quando un soggetto subordina i propri interessi a quelli altrui (potrebbe persino trattarsi di una fedeltà totale, cieca, assoluta), oppure reale, quando la subordinazione avviene a causa di un preciso obbligo giuridico; la fedeltà, inoltre, può essere assoluta, quando una persona subordina la totalità dei propri interessi a quelli di un'altra, oppure relativa, quando riguarda soltanto determinati interessi, per esempio quelli inerenti a un rapporto di lavoro. La persona tenuta ad un obbligo di fedeltà potrebbe anche, ma non necessariamente, essere titolare di un potere di disposizione del patrimonio del soggetto nei confronti del quale è tenuta alla fedeltà e se violando i suoi obblighi compie un atto di *mala gestio* si rende colpevole di un abuso di potere¹⁶⁶, come accade quando riceve una tangente per determinate azioni o omissioni.

In sostanza si sanziona l'infedeltà del dipendente, che è legato al datore da obblighi di natura reale e parziale, perché le obbligazioni discendono dal rapporto di lavoro e sono limitate a quello. Per quanto riguarda la fiducia, solo in alcuni limitati casi, come la "truffa contrattuale", la sua lesione può avere rilievo giuridico, mentre di norma, pur essendo spesso alla base della costituzione di rapporti giuridici, essa resta un mero motivo e nulla più¹⁶⁷; nel caso della corruzione privata, anche se il datore di lavoro, specialmente nelle piccole

¹⁶⁶ NUVOLONE, *L'infedeltà nel diritto patrimoniale*, Milano, 1941, p. 9-16.

¹⁶⁷ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori nel rischio conflittuale*, Napoli, 2020, p. 166-167.

imprese, vede tradita anche la fiducia che riponeva nel dipendente, all'ordinamento interessa solo la violazione degli obblighi di fedeltà.

2. ...E loro critica.

I modelli esaminati sono stati peraltro oggetto di rilievi critici, sia per eccesso sia per difetto, che saranno esaminati, iniziando dai primi.

Innanzitutto, un orientamento ritiene che la norma avamposto per la repressione della corruzione fra privati, perlomeno nell'attività degli amministratori di società, debba essere l'appropriazione indebita, perché presupposta comunque in ogni tangente in ambito societario e dunque il legislatore potrebbe al più intervenire con la creazione di un delitto di «amministrazione sleale mediante il pagamento di tangenti»¹⁶⁸, sanzionando meno gravemente il corruttore perché estraneo all'impresa.

Altra dottrina, in un'ottica di generale scetticismo nei confronti dell'incriminazione della corruzione privata¹⁶⁹, per quanto riguarda il modello patrimonialistico stigmatizza il fatto che, in concreto, ciò che si intende punire nella maggior parte dei casi non è il danno al patrimonio ma il mero pericolo, secondo lo schema del delitto ostantivo. Per di più non è nemmeno detto che il corrotto abbia davvero intenzione di compiere l'azione pattuita e da ciò deriverebbe una tutela eccessivamente anticipata nei confronti del patrimonio, distonica rispetto ai principi del sistema penale, perlomeno di quello italiano.

In merito al modello lealistico, anche in questo caso critica l'anticipazione della tutela, dal momento che si sanziona non il compimento dell'atto, ma la semplice infedeltà, col rischio concreto da parte del legislatore di adottare dei canoni moralistici; rileva inoltre una sostanziale sovrapposizione fra i due modelli (tesi che sembra non del tutto peregrina).

In modo ancora più radicale si è sostenuto che, se la finalità dell'intervento in materia di corruzione privata non guarda oltre gli interessi dell'impresa, allora i rimedi andrebbero cercati nel diritto del lavoro e nel diritto civile: ciò equivale a dire licenziamento e risarcimento del danno¹⁷⁰. Sempre in quest'ottica, in termini ultimativi si è detto che, nel

¹⁶⁸ NIETO MARTIN, *La corruzione nel diritto privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche*, op.cit., p. 139-142. Il riferimento è alla Spagna, ma si chiarisce però che il ragionamento vale per altri Paesi europei.

¹⁶⁹ SPENA, *Punire la corruzione*, op. cit.; questi negli scritti successivi sembra però avere almeno in parte abbandonato lo scetticismo iniziale e tuttavia le critiche qui formulate sono sempre rilevanti.

¹⁷⁰ DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione*, op. cit., p. 71.

momento in cui la corruzione privata non produce danni alla concorrenza, la sua incriminazione è sproporzionata, non necessaria e persino incostituzionale¹⁷¹.

In merito invece alle critiche per difetto, gli attacchi ai modelli privatistici sono stati portati dai sostenitori di un diritto della corruzione privata volto alla tutela della concorrenza.

Uno studioso che si è occupato del fenomeno in relazione ai progressi legislativi del nostro Paese, ha sottolineato che nella Decisione quadro euronunitaria vi è «una totalizzante accezione pubblicistica, incentrata sulla tutela della libertà di concorrenza»¹⁷² e pertanto, *ça va sans dire*, una visione privatistica non è più sufficiente; altra dottrina¹⁷³, nello stesso senso, afferma che debbano essere ormai superati gli orientamenti espressi, pur autorevolmente, alcuni decenni addietro, dove la possibile introduzione di fattispecie corruttive fra privati veniva considerata soltanto in relazione alla tutela di beni interni all'impresa, essendo necessario oggi elaborare norme volte alla protezione della concorrenza leale. Vi è d'altronde chi ritiene che il legislatore italiano (con un ragionamento che sembra valere anche per gli altri Paesi) debba «allineare il nostro sistema allo standard europeo»¹⁷⁴. In una recente monografia sulla corruzione privata¹⁷⁵, infine, viene presentata una visione totalmente incentrata sul rapporto fra questo fenomeno e la concorrenza, per la quale solo un modello pubblicistico può realmente rispondere alle esigenze della società oltre che al dovere di dare attuazione alla Decisione quadro.

In generale, occorre rilevare che la dottrina sembra avere accettato il fatto che le fattispecie di corruzione debbano essere, se non primariamente focalizzate sulla tutela della concorrenza, perlomeno aperte ad essa.

Significativo è per esempio il cambiamento di prospettiva di uno studioso che, mentre in uno scritto recente¹⁷⁶ mostra un approccio favorevole ai modelli pubblicistici, in un più risalente contributo¹⁷⁷, pur dichiarandosi consapevole dell'opportunità di punire la corruzione degli amministratori di società, riteneva necessario elaborare fattispecie graduate

¹⁷¹ FERREIRA, SANTOS, *A corrupcao no fenomeno privado*, 21 aprile 2021, in www.carlospintodeabreu.com

¹⁷² SEMINARA, *Il gioco infinito, la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, fasc.6, p.724.

¹⁷³ ZAMBUSI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind.pen.*, 2005, fasc.3, p. 531 ss.

¹⁷⁴ BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, fasc.1, p. 5.

¹⁷⁵ LA ROSA, *Corruzione privata*, Torino, 2018.

¹⁷⁶ SEMINARA, *Il gioco infinito, la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, fasc. 6, p. 713 ss.

¹⁷⁷ SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1993, fasc.3, p. 951 ss.

sulla base del pericolo prima e del danno poi, ben diverse comunque dal modello della corruzione del pubblico funzionario, dal momento che l'amministratore è tenuto alla fedeltà solo verso la compagine sociale e non la collettività.

Per quanto riguarda le critiche per eccesso, è preferibile ritenere che il diritto privato non possa essere il solo strumento da adottare. Le possibili sanzioni privatistiche sono, con differenze fra i vari ordinamenti, il licenziamento immediato, la richiesta dei danni sia al dipendente infedele sia al terzo (danni che però devono essere provati, essendo pochi i Paesi che riconoscono quelli punitivi), la possibilità che il *disgorgement* ottenuto dalle parti del *pactum sceleris* venga attribuito al datore del corrotto, la nullità o l'annullabilità tanto del *pactum* quanto del contratto concluso dal dipendente infedele, l'eventuale interdizione dall'esercizio di professioni¹⁷⁸. Nonostante tali sanzioni siano a volte più temibili di quella penale, l'introduzione di fattispecie di reato non sembra affatto né eccessiva né incostituzionale, anche qualora si esamini il problema nella sola prospettiva dell'impresa, tralasciando la concorrenza leale. Sembra pertanto condivisibile la tesi per la quale¹⁷⁹, a prescindere dai rimedi che il diritto civile offre in caso di abuso dei poteri rappresentativi, nel caso in cui il mero conflitto di interessi trasmodi nella collusione col terzo a seguito della conclusione di un accordo corruttivo, l'intervento del diritto penale a supporto del diritto privato sia pienamente giustificato.

In merito invece alle critiche per difetto, si precisa che il contrasto alla corruzione fra privati non può essere demandato interamente a norme di impostazione privatistica pura, che riconoscono al datore di lavoro la facoltà di ratificare anche a posteriori l'accordo corruttivo. Resta però il fatto che le norme in materia, persino quelle pro-concorrenza, devono necessariamente avere quale presupposto la violazione dei doveri da parte del dipendente, a meno ovviamente di non ridursi a mere petizioni di principio; siccome però il contenuto dei doveri, oltre che dalla legge, è in concreto stabilito dal datore di lavoro tramite regolamenti, istruzioni, codici di condotta e comunque norme di natura privata, nel capitolo precedente¹⁸⁰ si è fatto presente che le fattispecie in materia di corruzione fra privati hanno, almeno in parte, il carattere di norme penali in bianco, con la conseguenza che l'imprenditore può, entro certi limiti, stabilire a priori cosa è lecito e cosa non lo è.

¹⁷⁸ HEINE, *Comparative analysis, op.cit.*, p. 636 ss.

¹⁷⁹ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori, op. cit.*, p. 50-51.

¹⁸⁰ Cfr. par.2.

Di conseguenza non può sostenersi che l'unico modo accettabile per trasporre la Decisione quadro sia una norma posta esclusivamente a tutela della concorrenza e che non consideri gli interessi privati interni all'impresa: come vedremo¹⁸¹, anzi, la Commissione Europea, seppur con orientamento discutibile, ha ritenuto conforme l'art.328ter del codice penale olandese, che è privatistico puro.

Prima di passare alla disamina dei vari modelli, è opportuno chiarire come deve essere inteso in senso penalistico l'oggetto della tutela immediato (nel modello patrimonialistico) o mediato (nel modello lealistico), cioè il patrimonio, nella corruzione fra privati.

3. Il concetto di patrimonio nella fattispecie di corruzione privata.

Per affrontare il problema occorre premettere che riguardo al concetto di patrimonio nel diritto penale si distinguono, secondo la dottrina, quattro diverse impostazioni

Innanzitutto vi è quella economica, per la quale il patrimonio corrisponde «al complesso delle cose che interessano un soggetto di diritto per l'attuazione dei suoi bisogni economicamente valutabili...compresi i diritti a contenuto economico»¹⁸².

Ad essa si contrappone quella giuridica, per cui il patrimonio è dato invece dall'insieme delle posizioni giuridiche suscettibili di valutazione economica delle quali è titolare la persona; in quest'ultimo caso la tutela è anticipata, perché precede l'aggressione ai beni¹⁸³.

Vi è poi una concezione mediana, quella economico-giuridica, che valorizza tutte le posizioni giuridiche del soggetto, purché acquisite in modo lecito e suscettibili di valutazione economica, con esclusione dei meri rapporti di fatto¹⁸⁴.

¹⁸¹ Cfr. par.6.

¹⁸² DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951, p. 11, per cui occorre considerare ai fini del diritto penale non tutte le cose, ma solo quei beni che servono a soddisfare i bisogni economici del soggetto. Si è però rilevato (MILITELLO, *Patrimonio*, in *Dig. Disc.pen.*, vol IX, Torino, 1995, p. 281) che in tal modo la tutela sarebbe eccessivamente ampia, perché estesa anche ai beni acquisiti illecitamente.

¹⁸³ Trattasi delle tesi avanzate nella dottrina tedesca da Binding e Merkel; per la dottrina italiana si veda invece. GIORDANENGO, *Reati contro il patrimonio*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Torino, 2016, p. 379, per il quale il dibattito fra la concezione giuridica e quella economica del patrimonio «va risolto nel primo senso» e la tutela risulta ampia perché comprende anche le aspettative. Queste tesi sono state criticate perché restrittive, in quanto tendono ad escludere per esempio il possesso, il *know how*, la forza lavoro, le relazioni di fatto e tutto ciò che esula dal diritto soggettivo (cfr. MILITELLO, *Patrimonio, op. cit.*, p. 281 e nello stesso senso CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, p. 64).

¹⁸⁴ Cfr. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, p. 22, per il quale non possono escludersi quei beni atti a soddisfare anche solo bisogni morali, superando così un'impostazione di derivazione esclusivamente civilistica. In modo ancora più netto si è affermato (MILITELLO, *Patrimonio, op cit.*, p. 281-282) che nello studio del concetto di patrimonio non si può prescindere dalle due componenti, quella economica e quella giuridica; esse risultano strettamente connesse, come dimostra il caso

Secondo infine una tesi più moderna, che vorrebbe essere costituzionalmente orientata, denominata giuridico-funzionale o personalistica, il patrimonio è costituito da tutti i rapporti strumentali al soddisfacimento dei bisogni (leciti) della persona¹⁸⁵.

Per quanto riguarda la corruzione privata sembra più opportuno adottare la tesi mediana di carattere economico-giuridico.

Innanzitutto vi è la considerazione relativa al fatto che il dipendente corrotto, usualmente denominato agente, è spesso investito dal datore di lavoro di poteri rappresentativi. Mentre in alcuni casi questi poteri hanno ad oggetto la compravendita di beni, si pensi al dipendente dell'ufficio acquisti che riceve una tangente da un fornitore, in altre circostanze gli atti di disposizione non riguardano beni materiali, ma il solo compimento di atti giuridici senza immediati spostamenti patrimoniali. È così ad esempio nella stipulazione di un contratto preliminare, di opzione, di una penale, nella rinuncia ad una clausola di un contratto già esistente e così via, ovviamente a vantaggio del terzo corruttore. In tutti questi casi il danno c'è comunque, perché l'imprenditore ha perso una posizione giuridica vantaggiosa o ne ha acquisita una svantaggiosa, con effetti che in futuro potranno avere riflessi in termini monetari.

Ecco perché la tesi mista sembra quella meglio corrispondente all'oggetto del presente studio¹⁸⁶.

In merito alla *summa divisio* dei delitti che tutelano il patrimonio fra quelli di aggressione unilaterale e quelli con cooperazione artificiosa della vittima, è preferibile ritenere che la corruzione privata, qualora il dipendente prezzolato sia dotato di poteri rappresentativi, debba senz'altro essere ascritta al primo tipo. Qualora invece non lo sia, perché non ha il potere di concludere il contratto o compiere l'atto, essendo questo di pertinenza di un suo superiore o dello stesso datore di lavoro, la corruzione privata potrebbe assumere il volto del delitto con cooperazione artificiosa della vittima; questo accade ogni

delle obbligazioni naturali, che hanno contenuto economico ma acquistano rilievo giuridico in forza di apposita previsione di legge.

¹⁸⁵ Questa tesi è stata per esempio espressa nella dottrina italiana da CARMONA, *Tutela penale, op. cit.*, p. 87, secondo il quale il patrimonio dovrebbe ricevere tutela penale fino al momento in cui assolve a una funzione strumentale di soddisfacimento dei bisogni della persona, con esclusione quindi delle violazioni prive di tali caratteristiche. In senso contrario (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014, p. 26-27) si è però affermato che tale teoria, seppur interessante, presenta aspetti problematici, dal momento che risulta complicato selezionare i beni strumentali allo sviluppo della persona.

¹⁸⁶ In alcuni casi soccorre in aiuto all'interprete la formulazione della fattispecie, come per esempio nel caso della versione previgente dell'art.2635 del c.c. italiano, che richiedeva il "nocumento", nozione che sembra più ampia del mero danno ai beni.

qualvolta il dipendente corrotto rappresenti al datore un determinato affare come vantaggioso o semplicemente predisponga il testo di un contratto secondo lo schema concordato col terzo corruttore. In quest'ultimo caso, peraltro, potrebbe porsi il problema del possibile concorso col reato di truffa¹⁸⁷, la cui soluzione non è però determinabile a priori: essa può essere diversa a seconda di come in ciascun ordinamento si atteggiavano in concreto le fattispecie di truffa e di corruzione privata, del comportamento tenuto dal dipendente, delle preferenze della giurisprudenza in materia di concorso apparente di norme per un criterio di natura strutturale, che valorizza gli elementi della fattispecie astratta o al contrario per un criterio valoriale, per il quale occorre conferire peso al fatto concreto e allo scopo della norma.

Peraltro, laddove si tenga conto degli elementi costitutivi della fattispecie, che sono in effetti diversi, corruzione privata e truffa potrebbero eventualmente concorrere, se il dipendente nella stessa vicenda stipula prima un accordo corruttivo col terzo e poi per darvi esecuzione inganna il datore di lavoro con artifici e raggiri o serba maliziosamente il silenzio su determinate circostanze.

Senza entrare infine nel dibattito sulla concezione “privatistica”, “autonomista” o “eclettica” del diritto penale¹⁸⁸, ci si limita a rilevare che, perlomeno nei modelli privatistici, considerato lo scopo della tutela (beni interni all'impresa e al rapporto di lavoro) e la natura, almeno parziale, di norma penale in bianco della corruzione privata, la tesi privatistica sembra rispecchiare meglio la natura delle cose, mentre per i modelli pubblicistici, volti alla protezione della concorrenza e quindi di beni sovraindividuali, la soluzione potrebbe essere diversa.

Ciò premesso, si procederà alla disamina dei modelli lealistici: Francia (col previgente art.452-6 del *Code du travail*), Olanda, Portogallo (che è però aperto anche alla tutela della concorrenza nella forma aggravata) e di quello patrimonialistico (Austria).

¹⁸⁷ In merito alla disamina del reato di truffa, si rimanda per esempio a BARTOLI, in BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA, *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Torino, 2020, p. 294 ss.

¹⁸⁸ Si ricorda che per la prima il diritto penale ha natura accessoria, per cui termini propri del diritto civile dovrebbero essere interpretati in base al loro significato nel diritto privato, mentre per la seconda il diritto penale potrebbe interpretare autonomamente i termini civilistici; per quella eclettica, di natura “relativista”, il problema dovrebbe invece essere risolto caso per caso. (Cfr. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio, op cit.*, p. 8).

4. Il modello lealistico puro francese: dall'art. 177 del vecchio codice penale al previgente art. 152-6 del *Code du travail*.

La fattispecie in materia di corruzione privata che meglio rappresenta il modello fiduciario è senza dubbio la norma abrogata di cui all'articolo 152-6 del Codice del lavoro francese (*Code du Travail*). In realtà in Francia la corruzione privata è stata per la prima volta incriminata nel codice penale del 1810 come riformato dalla legge del 16 dicembre 1919, che ha introdotto, in una norma collocata subito dopo quella sulla corruzione del pubblico funzionario, una nuova fattispecie di “corruzione del dipendente” (articolo 177 del vecchio codice penale francese)¹⁸⁹.

La corruzione del dipendente presentava peraltro significative differenze rispetto a quella del pubblico funzionario: mentre infatti il funzionario appartenente all'ordine amministrativo, militare, giudiziario o assimilato o l'agente preposto allo svolgimento di funzioni pubbliche veniva sanzionato con la pena da due a dieci anni di reclusione qualora avesse accettato o sollecitato delle ricompense o ne avesse accettato la semplice promessa per compiere un atto delle sue funzioni o astenersi dal compierlo, ben diversa era la configurazione della corruzione nel settore privato. In quest'ultimo caso, infatti, *l'employé ou preposé, le salarié ou rémunéré sous une forme quelconque*, che direttamente o per interposta persona avessero sollecitato accettato o ricevuto *des dons, présents, commissions, écomptes ou primes* all'insaputa del datore di lavoro per compiere o astenersi dal compiere un atto del loro impiego, erano puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la pena pecuniaria.

Rispetto al modello della corruzione pubblica, quella tra privati era quindi punita meno severamente e inoltre soltanto in quest'ultimo caso si richiedeva espressamente che il fatto avvenisse all'insaputa dell'imprenditore: il legislatore aveva quindi deciso di non sanzionare «*l'usage des pourboires*» nelle aziende¹⁹⁰.

Invece, il pubblico funzionario che accettasse utilità non dovute in relazione ad un atto del suo ufficio andava ugualmente soggetto a pena anche se il suo superiore ne fosse stato a

¹⁸⁹ DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche*, op. cit., p. 101 ss.

¹⁹⁰ SEGONDS, *Corruption active et passive des personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur pénal des affaires*, 2014, fasc.30, p. 9, (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019).

conoscenza e per ipotesi lo avesse approvato. Elemento comune alle due fattispecie era la tipizzazione della sola corruzione antecedente, mentre riguardo al contenuto del patto la norma in materia di corruzione privata era più precisa, in quanto venivano menzionate espressamente utilità quali gli sconti e le commissioni, del resto più comuni nella pratica commerciale. In questo modo veniva sanzionato anche chi commetteva un fatto di corruzione privata impropria, mentre non era punibile la corruzione susseguente, prevedendo il legislatore la finalizzazione della tangente alla condotta attiva o omissiva conforme (corruzione impropria) o contraria (corruzione propria) ai doveri d'ufficio¹⁹¹.

Benché questa norma sia stata nella prassi interpretata quale fattispecie volta a tutelare il rapporto fiduciario col datore di lavoro, in realtà la legge del 1919 aveva obiettivi ben diversi, essendo stata concepita per la protezione dell'interesse pubblico. La legge fu infatti adottata immediatamente dopo la fine della prima guerra mondiale, in un momento in cui i dipendenti delle imprese commerciali erano soliti accettare dei pagamenti occulti dai commercianti e dagli industriali e allo stesso tempo i lavoratori delle compagnie ferroviarie ricevevano tangenti per dare la priorità al trasporto di determinate merci¹⁹². Si comprende che in questo modo i piani governativi di razionamento e di distribuzione dei prodotti, specialmente quelli alimentari, rischiavano di essere compromessi a causa dei fenomeni di corruzione nel settore privato e di conseguenza si era resa necessaria la tipizzazione di questa fattispecie.

La genesi della norma è pertanto particolare, dal momento che essa è stata elaborata per la protezione di interessi pubblicistici, ma diversi dalla concorrenza leale.

Mentre infatti nelle pagine precedenti, quando si è fatto riferimento ai modelli pubblicistici in materia di contrasto alla corruzione tra privati è stata individuata la concorrenza quale bene giuridico, in questo caso si trattava invece di tutelare un interesse pubblico di natura diversa, ovvero l'effettivo funzionamento dei piani con i quali il Governo francese intendeva affrontare la difficile situazione economica postbellica. Superato però il particolare momento, si perse traccia degli originali profili pubblicistici della norma e divenne non controverso il fatto che essa fosse posta a presidio del rapporto fiduciario tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti¹⁹³. Come è stato efficacemente sostenuto, accettando

¹⁹¹ PERRONE, *L'introduzione, L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata; in attesa della attuazione della l.25 febbraio 2008 n.34*, in *Cass.pen.*, 2009, fasc.2, p. 776 ss.

¹⁹² DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione*, op. cit., p. 103.

¹⁹³ JEANDIDIER, *Droit penal des affaires*, Paris,2005, p. 37.

tangenti da terzi, i dipendenti violavano i loro obblighi contrattuali, in particolare quelli di buona fede, nonché la fiducia riposta nei loro confronti, per cui «attraverso la corruzione dei dipendenti, che doveva avere luogo all'insaputa del datore di lavoro, la legge penale assicurava dunque la protezione del rapporto di fiducia all'interno dell'impresa»¹⁹⁴.

L'interesse economico del datore di lavoro era invece posto in secondo piano, o meglio non veniva considerato dalla norma, che richiedeva la sola violazione del dovere di fedeltà; si era quindi superata l'impostazione, pure proposta nel progetto di legge del 1919, che ai fini dell'integrazione della fattispecie richiedeva la causazione del danno in capo all'imprenditore.

Per questo motivo, come detto, il modello francese previgente si propone come la forma più pura del modello lealistico, non essendo tutelati interessi ulteriori rispetto al mero rapporto di fedeltà; può comunque ritenersi che la norma proteggeva, seppur in via mediata, anche l'interesse economico del datore di lavoro, ma in modo meramente riflesso e comunque non rilevante ai fini della consumazione del reato, così come risultava assente l'esigenza di presidiare il bene pubblicistico della concorrenza.

4.1. La trasposizione della norma dell'art. 152-6 del *Code du travail*, la sua scarsa applicazione e l'abrogazione nel 2005.

Questa norma, nei primi decenni effettivamente applicata dalla giurisprudenza, nel 1994, con l'entrata del nuovo codice penale, fu trasposta nel codice del lavoro all'articolo 152-6¹⁹⁵.

La pena massima fu diminuita da tre anni a due e nel contempo il legislatore si preoccupò di specificare meglio i soggetti attivi, limitandoli ai dipendenti e ai direttori delle imprese, mentre in precedenza essa era applicabile ai commessi, impiegati, salariati o remunerati in qualsiasi forma. Si erano sviluppati infatti due orientamenti contrapposti: il primo, più estensivo, per cui la fattispecie era applicabile a tutti i titolari di qualsiasi rapporto contrattuale con l'impresa, quindi non solo i dipendenti ma anche i collaboratori e i mandatari, e il secondo, più restrittivo, in forza del quale solo i dipendenti, indipendentemente dalla loro qualifica, impiegati e dirigenti, potevano essere chiamati a

¹⁹⁴ DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione*, op. cit., p. 102.

¹⁹⁵ L'ultima versione della norma in commento era la seguente: "il fatto, per ogni dirigente o impiegato, di sollecitare o di approvare direttamente o indirettamente, all'insaputa e senza l'autorizzazione del proprio datore di lavoro, delle offerte, delle promesse, dei doni, dei presenti, degli sconti o dei premi per compiere o astenersi dal compiere un atto relativo alla propria funzione o facilitato dalla stessa, è punito con due anni di reclusione e con 30.000 euro di multa". In modo speculare il secondo comma della norma sanzionava la corruzione attiva.

rispondere di corruzione privata¹⁹⁶; nulla si diceva invece a proposito dell'imprenditore, per cui la corruzione passiva di quest'ultimo, a differenza di quella attiva, non era punibile. Questo reato, peraltro, non si applicava alle sole società, ma ad ogni rapporto di impiego privato¹⁹⁷.

La disposizione del codice del lavoro era dunque modellata sul delitto di corruzione, ma con due significative differenze: l'accordo corruttivo doveva essere non solo anteriore al compimento o all'omissione dell'atto, ma anche segreto¹⁹⁸. Qualora esso fosse stato portato a conoscenza del datore di lavoro o addirittura fosse stato da lui autorizzato, il reato non si sarebbe consumato per mancanza di uno degli elementi costitutivi della fattispecie; parte della dottrina ha però sottolineato che, in realtà, il disvalore della tangente non avrebbe dovuto risiedere tanto nel suo carattere occulto, quanto invece nell'essere stata determinante per il dipendente al fine di agire o astenersi in violazione dei propri doveri¹⁹⁹. Il corruttore, d'altra parte, qualora fosse stato un lavoratore dipendente, non avrebbe potuto evitare la sanzione penale, sostenendo che il suo datore di lavoro aveva incoraggiato la commissione del fatto²⁰⁰.

Con la trasposizione della norma in commento nel codice del lavoro si verificò pertanto nell'ordinamento francese una divaricazione ancora più netta tra la corruzione pubblica, inserita nella sezione del codice penale riguardante le offese contro la nazione e quella privata, rifluita nel diritto penale dell'economia. Se in teoria il cambiamento della *sedes materiae* non avrebbe dovuto comportare alcuna conseguenza sull'applicazione della legge, dato che il disposto normativo rimaneva pressoché identico, tuttavia esso ebbe in vari modi l'effetto di rendere la norma inapplicata²⁰¹, nonostante essa avesse sulla carta degli spazi di operatività non trascurabili: si fa riferimento, per esempio, alle commissioni occulte che il responsabile del settore acquisti di un'azienda esige o accetta dai fornitori, oppure ai casi di licenziamento selvaggio, cioè quelle circostanze in cui un soggetto paga il dipendente di un altro concorrente affinché si licenzi senza rispettare l'obbligo di preavviso previsto dal contratto di lavoro, mettendo così in difficoltà il suo datore di lavoro, e infine ai casi di

¹⁹⁶ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 58.

¹⁹⁷ AMATI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 435.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 59.

¹⁹⁹ SEGONDS, *La lutte contre la corruption*, in *Actualité juridique pénale*, 2006, n.5, p.194.

²⁰⁰ BONIFASSI, *France*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di Heine, Huber, Rose, Freiburg, 2003, p. 96.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 91.

spionaggio industriale, laddove un soggetto vende i segreti dell'impresa ad altri competitori²⁰².

Possiamo adesso esaminare i motivi per cui una norma, in potenza dotata di effettività, scomparve dai repertori di giurisprudenza.

La dottrina ha innanzitutto identificato come causa principale l'ignoranza in merito all'esistenza della stessa fattispecie, una volta che essa è stata traslata nel codice del lavoro: secondo questa interpretazione il delitto di corruzione dei dipendenti è divenuto sconosciuto dai dipendenti, dai datori di lavoro e persino dai giudici.

Oltre all'ignoranza vi sarebbe stata altresì la volontà delle imprese coinvolte in queste vicende di mantenere la riservatezza per evitare lo *strepitus fori*; spesso, infatti, la volontà è quella di evitare il clamore di un procedimento giudiziario, con la conseguente risoluzione del caso in silenzio attraverso il licenziamento o le dimissioni del dipendente coinvolto, senza approdare alle aule giudiziarie, tanto più che un eventuale processo potrebbe rivelare le strategie commerciali dell'impresa ed essere doppiamente dannoso²⁰³.

Altra causa rilevante che ha portato la norma a cadere nel dimenticatoio è da ricercarsi nell'indifferenza delle imprese: le istituzioni che rappresentano il mondo degli affari non sembravano in genere preoccupate dall'estensione dei fenomeni di corruzione tra privati e neppure vi erano norme di autoregolamentazione condivise tra le imprese per contrastare il fenomeno; ogni compagnia sviluppava di fatto la propria politica in questa materia. Se è vero che le aree di maggiore sensibilità per le imprese riguardo al pagamento di tangenti sono il prezzo e la quantità degli ordinativi di beni e di servizi, cionondimeno per lungo tempo le aziende francesi non hanno mai considerato di occuparsi seriamente della questione, anche se più di recente si registra una accresciuta consapevolezza. Il mancato contrasto da parte delle imprese alla corruzione tra privati è anche da ricercarsi nella volontà di mantenere bassi i salari in determinati settori, come per esempio quello degli acquisti, nella convinzione che comunque i dipendenti avrebbero potuto incrementare il proprio reddito ottenendo dei compensi illeciti. In tutto questo ha giocato un ruolo significativo la sfiducia da parte delle imprese nei confronti del sistema giudiziario francese: le limitate risorse a disposizione sono

²⁰² LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 57.

²⁰³ DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione*, op. cit., p. 107-108.

state infatti indirizzate nelle indagini relative alla repressione della corruzione in ambito pubblico a detrimento di quella tra privati²⁰⁴.

A quanto detto deve aggiungersi che, a prescindere dalla volontà di perseguire il reato, il termine di prescrizione significativamente ristretto, ovvero tre anni decorrenti dal *pactum sceleris*, rendeva nella maggior parte dei casi quasi impossibile l'attivazione effettiva dello strumento penale, anche se per parte minoritaria della dottrina il termine avrebbe dovuto decorrere non dalla stipulazione del patto ma dalla sua scoperta²⁰⁵.

Nonostante questi limiti, la Cassazione Penale francese, con sentenza del 27 ottobre 1997, aveva ammesso la costituzione di parte civile di un'associazione di consumatori che assumeva che i suoi aderenti erano stati danneggiati dall'aumento del prezzo delle utenze a causa della conclusione di un accordo corruttivo²⁰⁶; ciò indica in modo chiaro che la norma in commento aveva delle reali potenzialità applicative, in grado di estendersi anche, seppur in modo meramente riflesso, ai soggetti danneggiati dall'accordo estranei all'impresa. Tuttavia, per le ragioni sopra elencate, l'articolo 152 comma 6 del Codice del lavoro è restato per lungo tempo lettera morta, prima di essere abrogato e sostituito nel 2005 dall'art. 445-1 del codice penale, che sarà esaminato nel capitolo dedicato a corruzione privata e concorrenza²⁰⁷.

Probabilmente la caduta in desuetudine della norma in commento ben prima della sua abrogazione deve essere ricercata anche nella obsolescenza rispetto al mercato attuale della funzione che il legislatore del 1919 aveva attribuito alla (allora nuova) corruzione del dipendente, accentuata con la trasposizione della fattispecie nel codice del lavoro. Come si è accennato sopra, in tal modo essa è entrata a pieno titolo nel settore del diritto penale dell'economia, che in Francia viene denominato con l'espressione omnicomprensiva di *droit pénal des affaires*. Questa branca ha caratteristiche complesse, in quanto riflette la molteplicità delle relazioni sociali e costituisce in ultima analisi un diritto di sintesi, che comprende il diritto penale economico, fiscale, commerciale, dell'informatica, dell'ambiente, della borsa, del lavoro e dei consumatori. Il diritto penale degli affari per parte della dottrina

²⁰⁴ BONIFASSI, *France, op. cit.*, p. 106-109.

²⁰⁵ I giudici francesi, aderendo alla tesi oggi superata (cfr. Capitolo IV par.6) per cui la corruzione era un reato istantaneo, avevano censurato la tesi per cui la prescrizione decorre dal giorno in cui il delitto è stato constatato (Segonds, *Corruption active et passive, op. cit.*, p. 15).

²⁰⁶ BONIFASSI, *France, op. cit.*, p. 102.

²⁰⁷ Cfr. Capitolo IV par.6.

costituisce anzi una costruzione artificiale, il cui campo di applicazione si fonda su dei criteri mal compresi.

È chiaro allora come l'articolo 152-6 del codice del lavoro possa essere in qualche modo stato negletto, disperso in un settore ampio e spesso disorganico. All'estensione senza precedenti del diritto penale economico ha fatto da contraltare la nascita di una corrente di pensiero, espressa dal mondo degli affari, secondo la quale la penalizzazione dell'attività economica sarebbe eccessiva e infine controproducente per la libertà d'impresa. Le tesi economiche liberali, antepoendo la libertà di impresa, tendono a marginalizzare il diritto penale, anche se esse sono fatte proprie più dai potenziali trasgressori che dalle vittime della criminalità economica. Una recente tendenza del diritto penale degli affari è la depenalizzazione, anche se questo non significa necessariamente assenza di pena, dal momento che spesso la pena viene sostituita da sanzioni amministrative applicate da apposite autorità indipendenti²⁰⁸.

In ogni caso per le ragioni sopra esposte, alcuni illeciti che afferiscono al diritto penale economico sono stati considerati “bagatellari” e tale percezione ha portato a una loro scarsa applicazione. Questo è stato il destino dell'articolo 152-6 del codice del lavoro, per cui la scelta del legislatore francese del 2005 di inserire la nuova norma in materia di corruzione privata nel codice penale non può essere che essere valutata positivamente anche per il suo significato simbolico²⁰⁹.

5. Il Portogallo e il modello lealistico evoluto...

Il modello portoghese è stato definito da parte della dottrina un «caso piuttosto singolare»²¹⁰, dal momento che in dieci anni il Parlamento ha approvato due leggi in materia di corruzione privata, che hanno affrontato la problematica sotto due aspetti diversi: la prima legge, n. 108 del 28 novembre 2001, aveva al centro della tutela penale la concorrenza sleale, mentre il secondo intervento, legge n.20 del 21 aprile del 2008, che l'ha sostituita, tratteggia un modello tipicamente lealistico, seppur come si vedrà con aperture alla protezione della concorrenza.

²⁰⁸ LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2020, p. 2-3.

²⁰⁹ La norma introdotta nel 2005, l'art.451 del codice penale, sarà oggetto di disamina nel capitolo dedicato a corruzione privata e concorrenza.

²¹⁰ LA ROSA, *op. cit.*, p. 67.

La legge del 2001 sanzionava con la reclusione fino tre anni la condotta di chi, esercitando una funzione, incluse quelle di direzione, per una qualunque entità del settore privato, anche irregolarmente costituita, per sé o per interposta persona, sollecita o accetta per sé o per un terzo vantaggi patrimoniali o non patrimoniali, o la loro promessa, come contropartita per il compimento o l'omissione di un atto, che costituisce una violazione dei suoi stessi doveri funzionali, da cui deriva una distorsione della concorrenza o un pregiudizio patrimoniale per i terzi; in modo speculare era punita anche la corruzione attiva. La distorsione della concorrenza, peraltro, era considerata dalla giurisprudenza maggioritaria condizione obiettiva di punibilità e non evento del reato, con la conseguenza che non doveva rientrare nel fuoco del dolo dell'agente²¹¹.

Apparentemente la legge portoghese del 2001 prestava adesione ad un modello di tutela piuttosto avanzato, in quanto poneva al centro la lesione del bene pubblicistico della concorrenza e per di più l'interpretazione giurisprudenziale della quale si è dato conto tendeva ad ampliare lo spettro applicativo della norma.

Altra dottrina²¹², tuttavia, dava una interpretazione diversa all'abrogato intervento legislativo: la Decisione quadro eurounitaria, come si ricorderà²¹³, aveva consentito agli Stati membri di apporre una clausola di riserva, nel senso che essi avevano la facoltà di considerare quali infrazioni penali solo quelle condotte che a seguito della violazione dei doveri funzionali avessero dato luogo ad una lesione della concorrenza. Il Portogallo, nel ratificare la Convenzione, si è avvalso di apporre la riserva, con la conseguenza che ben poteva restringere la punibilità alle sole condotte corruttive che si risolvevano nella lesione del bene pubblicistico; in modo significativo il precedente delitto di corruzione privata era compreso nel novero dei delitti contro l'economia e la salute pubblica²¹⁴.

Trascorsa la durata della clausola di riserva, il legislatore portoghese ha nuovamente modificato con la legge n. 20 del 2008 la fattispecie della corruzione tra privati nell'intento, *ex professo*, di dare attuazione alla Decisione quadro²¹⁵.

²¹¹ *Ibidem*, p. 68.

²¹² BESSA VENDA, *Reflexoes sobre os crimes de corrupcao no setor privado -uma tutela da concorrancia?* In *Ab Instantia*, Revista do Instituto do Conhecimento AB, 2017, fasc.7, p. 144-145.

²¹³ Cfr. Capitolo I, par.11-12.

²¹⁴ BIDINO, *O problema especifico da corrupcao no setor privado (no Brasil e em Portugal)*, in SANTOS, BIDINO, MELO, *A corrupcao: reflexoes (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudencia) sobre o seu regime juridico criminal em expansao no Brasil e em Portugal*, Coimbra, 2009, p. 203 ss.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 222.

Come di consueto la norma in parola sanziona la corruzione attiva e quella passiva in modo speculare. Per quanto riguarda la corruzione attiva, essa stabilisce all'articolo 8 comma 1 che il lavoratore del settore privato che per sé o per interposta persona sollecita o accetta per sé o per un terzo la dazione o la promessa di un vantaggio patrimoniale o non patrimoniale non dovuto per commettere un atto contrario ai suoi doveri d'ufficio è punito con la reclusione fino a cinque anni o con la pena della multa. Se l'azione o l'omissione sono idonee a causare una distorsione della concorrenza o un pregiudizio patrimoniale per i terzi, l'agente è punito con la pena della reclusione da 1 a 8 anni (articolo 8 comma 2)²¹⁶.

Riguardo al bene giuridico tutelato dalla nuova norma sono sorti dei contrasti in seno alla dottrina portoghese, di seguito riassunti.

Secondo un primo orientamento, la legge del 2008 avrebbe ad oggetto la sola protezione della concorrenza leale, in consonanza con la Decisione quadro europea: si fa riferimento, in particolare, al preambolo di questo strumento giuridico, in virtù della quale gli Stati membri si dichiarano consapevoli dei danni che la corruzione, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, produce alla concorrenza e all'acquisizione dei beni e dei servizi commerciali.

²¹⁶ La corruzione attiva è tipizzata come detto allo stesso modo al successivo articolo 9, con la differenza che l'agente è punito con la reclusione fino a tre anni o con la pena della multa, mentre nella forma aggravata (pericolo di un pregiudizio patrimoniale o di lesione della concorrenza, con la pena fino a cinque anni o con la multa; le pene per la corruzione privata attiva e passiva sono state elevate, rispetto alle previsioni originarie, con la legge n.30/2015, mediante la quale il legislatore portoghese ha dato seguito alle raccomandazioni del rapporto del GRECO dello stesso anno. Come si vede, le pene sono differenziate per la corruzione attiva e quella passiva e, coerentemente col modello lealistico accolto dal Portogallo, l'*intraneus* è soggetto ad un trattamento sanzionatorio più severo rispetto all'*extraneus*, perché solo lui viola la lealtà e la fiducia nei confronti del datore di lavoro. A seguito dell'inasprimento sanzionatorio, inoltre, risulta oggi punibile anche il tentativo di corruzione privata, conformemente all'articolo 2e del Codice penale portoghese. La corruzione fra privati, benché il Portogallo non abbia adottato il modello unitario, è peraltro sanzionata con pene pressoché analoghe a quella dei funzionari pubblici: in questo caso la corruzione passiva è punita con la reclusione fino a 5 anni o con la multa fino a 300.000,00 euro, mentre quella attiva con la reclusione fino a tre anni o con la multa fino a 180.000,00 euro (cfr. l'art.372 del Codice penale portoghese). Anche per la corruzione del pubblico dipendente il legislatore portoghese ha adottato un approccio in qualche modo di stampo fiduciario, sanzionando più severamente la condotta dell'*intraneus*, che viola i suoi doveri d'ufficio (per un approfondimento sulla corruzione in Portogallo con riferimento al settore pubblico si rimanda per esempio a RIBEIRO BRANCO, *Portugal*, in *The anti bribery and anti corruption review*, 2017, Derbyshire, p. 193 ss.). Il legislatore portoghese ha previsto anche, quale norma speciale di corruzione privata (*Lei* n.50/2007), il delitto di frode sportiva nelle forme attiva e passiva, sanzionato con la reclusione da uno a otto anni; le condotte punite sono la dazione, la promessa, l'offerta, la sollecitazione, l'accettazione di qualsiasi vantaggio patrimoniale o non patrimoniale in cambio di condotte attive o omissive destinate ad alterare o falsare il risultato di una competizione sportiva; è prevista anche la corruzione susseguente. Il bene giuridico tutelato è la correttezza delle competizioni, come già espresso nel precedente *Decreto-lei* n.390/91. (SANCHEZ BERNAL, *Los delitos de corrupcion en el deporte en Espana, Portugal y Brasil. Similitudes y diferencias*, in *Revista de estudios brasilenos*, 2019, fasc. 12, p.13 ss., in particolare per il Portogallo cfr. p. 19-20).

Secondo invece una diversa opinione, la concorrenza sleale si configura non come bene giuridico principale, bensì come bene giuridico mediato, che si pone dietro il bene giuridico individuale protetto (che può essere la fiducia, il patrimonio o entrambi o gli interessi economici delle imprese concorrenti), e ai fini della consumazione dell'illecito è necessario che il bene giuridico immediato sia leso o perlomeno messo in pericolo.

Una terza posizione, alla quale aderiscono sia l'opinione in commento²¹⁷ sia la dottrina maggioritaria, è nel senso che i beni giuridici tutelati sono la fiducia e la lealtà, imprescindibili nello svolgimento delle relazioni private. In questo modo l'incriminazione di queste condotte è finalizzata a proteggere l'integrità delle relazioni di lavoro tra il dipendente e l'imprenditore, in particolare con l'obiettivo di assicurare la prevalenza della buona fede nei rapporti tra le parti; in altre parole si sostiene che la norma vuole combattere l'accettazione o la sollecitazione di vantaggi di natura patrimoniale o non patrimoniale senza il consenso del datore di lavoro.

La giurisprudenza pare comunque aver posto fine al dibattito: il Tribunale delle Relazioni di Porto, pronunciandosi nel 2013, ha infatti aderito alla posizione della dottrina maggioritaria, che come detto considera oggetto della tutela la lealtà e la fiducia nello svolgimento delle relazioni private²¹⁸. Secondo questo orientamento, la previsione in forma aggravata della corruzione privata, che si consuma nel momento in cui si verifica anche solo un pericolo di lesione della concorrenza o del patrimonio di terzi soggetti, farebbe comprendere a maggior ragione che l'obiettivo perseguito dal legislatore portoghese nella riforma del 2008 consiste nella tutela di interessi di natura privatistica: il datore di lavoro, quindi, se non sono attinte posizioni giuridiche ulteriori (la concorrenza), può privare il fatto, che allora non sarebbe più tipico, del suo carattere illecito, accettando che il suo dipendente solleciti o ottenga una utilità non dovuta.

Riguardo alle ragioni per cui questo dovrebbe avvenire, può sinteticamente richiamarsi quanto esposto nelle pagine precedenti del presente lavoro: l'imprenditore potrebbe accettare queste condotte in quanto apprestare sistemi di vigilanza nei confronti dei propri dipendenti viene da lui percepito eccessivamente costoso e quindi antieconomico, oppure può retribuire in misura inferiore coloro che svolgono determinate mansioni nella consapevolezza che comunque lo stipendio sarà integrato da tangenti corrisposte da terzi, o ancora vi sono

²¹⁷ BIDINO, *O problema, op. cit.*, p. 226-227.

²¹⁸ RODRIGUES DE ABREU FERREIRA, *Corrupcao no setor privado: uma questao de ben juridico*, in *Revista Liberdades*, 2014, fasc. 15, p. 140 ss.

determinati mercati, specialmente quelli fortemente competitivi, nei quali anche l'imprenditore potrebbe giovare del comportamento illecito del proprio dipendente.

Riguardo alla struttura della fattispecie, può rilevarsi che, similmente a quanto previsto negli ordinamenti che sanzionano il fenomeno, mentre la corruzione passiva è un reato proprio, potendo essere commesso soltanto dal dipendente, la corruzione attiva è invece un reato comune, potendo essere commesso da chiunque; inoltre, mentre la corruzione passiva è un reato di danno, perché comporta l'offesa alla correttezza delle relazioni private fra il dipendente e il datore, lese nel momento in cui il primo accetta una tangente da un terzo, quella attiva è invece un reato di pericolo, perché si sanziona il rischio che il soggetto che riceve l'offerta tenga poi una condotta sleale. Quanto alla corruzione susseguente, benché la norma sanzioni espressamente soltanto quella antecedente, l'interpretazione invalsa nella dottrina portoghese è nel senso che anche l'offerta, la dazione o la sollecitazione o la promessa di un'utilità non dovuta successivamente al compimento dell'atto assume rilievo penale similmente a quanto accade nella corruzione dei pubblici funzionari.

Per la consumazione del reato sono quindi necessari i seguenti elementi: la qualifica di lavoratore nel settore privato, il carattere illegittimo del vantaggio dato o promesso, il fatto che l'atto o l'omissione oggetto dell'accordo siano contrari ai doveri d'ufficio²¹⁹.

La legge portoghese prevede inoltre all'articolo 5 una speciale riduzione di pena per l'agente che fornisce delle prove concretamente decisive per identificare o catturare gli altri responsabili o contribuisce comunque in modo decisivo alla scoperta della verità. Trattasi di attenuazione di pena facoltativa, che parte della dottrina ha criticato, sembrando inammissibile che lo Stato solleciti una slealtà tra soggetti privati alla fine di soddisfare una propria pretesa punitiva, mentre secondo altro orientamento questa disposizione è opportuna, in quanto agevola la repressione di condotte che altrimenti sarebbe molto difficile scoprire. Lo stesso comma 5 prevede che non sia sottoposto a pena il soggetto che volontariamente prima del fatto ripudi l'offerta o la promessa e restituisca il vantaggio o ritiri la promessa o la sollecitazione fatte; questa esenzione costituisce una forma atipica di *arrependimento ativo*, previsto per i delitti di corruzione in ambito pubblico²²⁰.

²¹⁹ BIDINO, *O problema*, op. cit., p. 226-235.

²²⁰ ALMEIDA, *Artigo 374- corrupcao ativa*, in *Comentario conimbricense doCodigo Penal*, Coimbra, 2009, p. 673.

L'attenuante e l'esenzione di pena in commento sono disposizioni indubbiamente interessanti in quanto, come sopra specificato, sono suscettibili di rendere più efficace l'attività investigativa in un settore in cui spesso domina l'opacità; entrambe le parti dell'accordo, infatti, non hanno alcun interesse che esso venga alla luce, trattandosi di un reato a concorso necessario proprio, e per di più spesso la stessa impresa vittima dei fatti di corruzione, per tutelare la propria immagine o la segretezza dei brevetti commerciali, preferisce non fare ricorso alla giustizia penale.

In chiave comparatistica si fa per esempio notare che l'ordinamento italiano prevede per una serie di reati contro la pubblica amministrazione, tra cui la corruzione, una circostanza attenuante all'articolo 323 bis del codice penale per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, per assicurare la prova dei reati e per l'identificazione degli altri responsabili o per il sequestro delle somme e delle utilità trasferite, mentre al successivo articolo 323 ter è prevista una causa di non punibilità se entro quattro mesi dalla commissione del fatto il soggetto lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare le prove e individuare gli altri responsabili. Le norme del codice penale italiano non si estendono però ai fatti di corruzione privata, con la conseguenza che per la repressione di queste condotte gli organi giudiziari non dispongono di strumenti che potrebbero rivelarsi efficaci; le previsioni del legislatore portoghese, che premiano la collaborazione delle parti, non possono pertanto che essere valutate con favore.

In senso critico potrebbe però rilevarsi che l'esenzione dalla pena è concessa a seguito della sola resipiscenza del soggetto attivo, senza che si richieda una collaborazione con la magistratura. In questo modo però, il fatto resta sconosciuto, anche allo stesso datore di lavoro, col rischio che simili condotte si ripetano. Non è chiaro tuttavia come, nel momento in cui è stata data l'utilità oggetto dell'accordo, uno dei due soggetti possa recedere in assenza del consenso dell'altro, senza che il fatto divenga di dominio pubblico.

5.1. ...Aperto alla concorrenza nella sua forma aggravata.

Come detto sopra, la legge portoghese sulla corruzione privata prevede una forma aggravata ai commi 2 degli articoli 8 e 9, che si consuma nel momento in cui si verifica anche solo il pericolo di un pregiudizio patrimoniale in capo a terzi soggetti o della lesione della concorrenza.

Questa forma aggravata dà luogo a due principali problematiche, ovvero l'autonomia della fattispecie aggravata e l'elemento soggettivo.

Riguardo alla prima questione, secondo l'orientamento maggioritario ²²¹, per l'integrazione della fattispecie aggravata è necessario che vi siano gli elementi richiesti per quella base, ovvero la violazione della lealtà e della fiducia nelle relazioni fra privati; questa interpretazione, pur ritenuta conforme dalla dottrina in parola alla Decisione quadro eurounitaria, che in effetti richiede che a monte della lesione della concorrenza vi sia un accordo corruttivo portante la violazione dei doveri d'ufficio dell'agente, pare conseguenza dell'adesione al modello lealistico da parte del legislatore portoghese.

In modo significativo non si può non notare come, in un ordinamento come quello tedesco²²², molto più aperto alla tutela della concorrenza, la corruzione fra privati è prima di tutto incentrata, con apposita norma (paragrafo 299 comma 1 StGB) sulla lesione di questo bene pubblicistico, mentre la “variante lealistica” di più recente introduzione (paragrafo 299 comma 2 StGB) sembra avere la funzione di ampliare quanto più possibile la tutela penale ed è autonoma dalla precedente fattispecie. Il modello portoghese, invece, avendo accolto una visione privatistica nella tipizzazione della corruzione fra privati, prevede la lesione dei doveri funzionali quale elemento indefettibile, che deve sussistere anche qualora venga integrato il reato nella forma aggravata.

Il secondo problema presentato dal comma 2 degli articoli 8 e 9 tocca invece l'elemento soggettivo, con riguardo al pericolo del pregiudizio patrimoniale o della lesione della concorrenza.

Se come si è visto, nella vigenza della legge precedente, molto più aperta alla tutela della concorrenza, la lesione di questa veniva considerata quale mera condizione obiettiva di punibilità, indipendentemente dalla consapevolezza dell'agente, riguardo alla nuova norma vi sono maggiori incertezze. Si sottolinea infatti che, mentre fino al ventesimo secolo era pacifico che nei delitti qualificati dall'evento l'imputabilità di questo prescindesse da qualsiasi imputazione a titolo di colpa, secondo gli orientamenti più recenti non è sufficiente la sussistenza di un nesso di causalità, ma l'evento dovrebbe essere imputato all'agente quantomeno a titolo di colpa, nel senso che si richiede in ogni caso la condotta imprudente del soggetto. Ciò è coerente con l'articolo 18 del codice penale portoghese per il quale,

²²¹ ALMEIDA, *Lei n.20/2008 de 21 de abril*, in *Comentario das leis penais extravagantes*, vol.II, Lisboa,2011, p. 232.

²²² Cfr. Capitolo IV par.4 ss.

quando la pena è applicata a seguito di reati aggravati dall'evento, l'aggravante è sempre condizionata al fatto che l'agente abbia agito perlomeno in modo negligente²²³.

L'impostazione seguita dal legislatore portoghese è stata peraltro fatta oggetto di severe critiche da una parte della dottrina²²⁴ secondo la quale, in considerazione del fatto che la norma richiede, anche nella forma aggravata, la violazione dei doveri funzionali, la scelta dello strumento penale sarebbe eccessiva, non necessaria e comunque sproporzionata, soprattutto nel momento in cui gli atti corruttivi non mettono in pericolo la libera concorrenza. Pur riconoscendo che il Portogallo negli ultimi anni, anche a seguito dell'impulso dato dagli strumenti sovranazionali, ha compiuto notevoli sforzi in materia di lotta alla corruzione, la dottrina in commento ritiene che, essendo l'impostazione scelta di natura privatistica, non vi sarebbe alcun bisogno di fare ricorso alla pena, essendovi altri strumenti idonei allo scopo, ovvero il licenziamento del dipendente coinvolto e il risarcimento del danno; essa sostiene oltretutto che legge 20 del 2008 potrebbe presentare dei profili di incostituzionalità, con particolare riguardo al principio di necessità previsto dall'articolo 18 della Costituzione portoghese, per il quale il diritto penale deve intervenire solo quando la tutela offerta dagli altri rami dell'ordinamento non è sufficientemente efficace per proteggere il bene giuridico rilevante. Si propone allora di fare ricorso al diritto del lavoro, nel quale possono trovare sanzione tutte le condotte che violano il rapporto di fiducia tra il dipendente e il datore. Secondo questa prospettiva, l'incriminazione potrebbe essere riservata soltanto a quelle condotte che ledono o mettono in pericolo beni di natura pubblicistica.

Ad accogliere questa visione, però, ne deriverebbe, come già spiegato all'inizio del capitolo, un arretramento della tutela, senza contare il fatto che il diritto penale non escluderebbe le sanzioni che il datore può irrogare al dipendente, fino ovviamente al licenziamento; l'applicazione del diritto del lavoro, peraltro, non sarebbe possibile per il corruttore, per definizione estraneo all'impresa.

In conclusione il modello portoghese, pur accogliendo l'approccio fiduciario, si differenzia dal previgente modello francese commentato nel paragrafo precedente principalmente sotto due profili.

²²³ BIDINO, *O problema*, op. cit., p. 236-237.

²²⁴ FERREIRA, SANTOS, *A corrupcao no fenomeno privado*, 21 aprile 2021, in www.carlospintodeabreu.com. Anche BIDINO, *O problema*, op. cit., come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, ha espresso critiche simili a quelle oggetto dello scritto in commento.

Innanzitutto, la norma non richiede espressamente che la tangente debba essere data o promessa all'insaputa del datore di lavoro, ma questo aspetto è stato desunto in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza che oggi possono dirsi consolidate. In secondo luogo, si tratta di una norma aperta, nella sua forma aggravata, alla tutela della concorrenza, anche nel caso in cui essa venga sottoposta al solo pericolo di lesione; la violazione dei doveri funzionali deve comunque sussistere, in caso contrario mancando la tipicità del fatto.

La norma portoghese, in ragione della sua apertura alla tutela della concorrenza, può essere pertanto definita espressione di un modello lealistico "evoluto", che si presenta nel complesso coerente con gli obblighi di incriminazione eurounitaria; anche la Commissione Europea nell'*Anti Corruption Report* del 2014 ha riconosciuto che il Portogallo ha adempiuto alla Decisione quadro e le perplessità evidenziate dal GRECO in merito alla mitezza del trattamento sanzionatorio sembrano essere state fugate dalla già richiamata legge n.30/2015 che ha inasprito le pene.

La norma tutela infatti, seppur non quale bene giuridico primario, la concorrenza. Ciò vale però a patto di non ritenere che il datore di lavoro possa, qualora il reato venga consumato nella forma aggravata²²⁵, rendere il fatto atipico prestando, *ex ante* o *ex post*, il consenso alla percezione della tangente da parte del dipendente: in questo caso il modello tornerebbe ad essere di tipo puro, non compatibile con gli strumenti sovranazionali²²⁶.

6. L'Olanda e il modello lealistico figlio dell'art. 152-6 del *Code du travail*.

Anche l'Olanda ha introdotto nel suo ordinamento, peraltro ben prima degli obblighi di incriminazione eurounitaria e della Convenzione del Consiglio d'Europa, un'apposita norma in materia di contrasto alla corruzione privata²²⁷.

²²⁵ La forma aggravata, come spiegato sopra, postula alternativamente la lesione del patrimonio di soggetti terzi o della concorrenza.

²²⁶ Si veda però il caso dell'Olanda, al quale si è già accennato e che sarà esaminato nel prossimo paragrafo: trattasi di un modello lealistico, che la Commissione europea ha ritenuto comunque conforme alla Decisione quadro.

²²⁷ Per quanto riguarda i Paesi Bassi, fra i contributi non in lingua olandese, si vedano per esempio: TAK, *Il reato di corruzione privata in Olanda*, in *La corruzione fra privati, Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 143 ss; TAK, *The Netherlands*, in *Private commercial bribery*, a cura di HEINE, HUBER, ROSE, Freiburg, 2003., p. 276 ss.. Questo contributo si presenta più completo, in quanto dedica spazio anche ai possibili rimedi civilistici. Per alcune considerazioni sull'Olanda si rimanda anche a LA ROSA, *Corruzione privata*, *op. cit.*, p. 65-66. Per un inquadramento generale sulle norme olandesi in materia di contrasto di contrasto alla corruzione, con riferimento anche alla corruzione privata, si vedano per esempio GEERTSMA, *Overview on anti-corruption rules and regulations in the Netherlands*, in www.ecba.org e .GEERTSMA, STEVENS, *Netherlands*, in *Bribery and corruption*, London, 2020,

La corruzione fra privati in Olanda è stata infatti incriminata a partire dal 1967, mediante l'introduzione dell'art.328 ter del codice penale.

In precedenza era incriminata soltanto la corruzione del pubblico funzionario, che costituisce illecito penale a partire dal 1886, mentre in seguito furono introdotte nuove norme volte a sanzionare comportamenti scorretti o fraudolenti nelle relazioni commerciali, per esempio:

- l'art.326a, in merito alla condotta di chi, esercitando professionalmente il commercio di beni, li acquista senza pagarli;
- l'art.326b, in materia di contraffazione di marchi o vendita di prodotti contraffatti;
- l'art.328bis, che verte su condotte commerciali ingannevoli nei confronti del pubblico o di una specifica persona, qualora tali condotte risultino cagionare danno agli altri concorrenti; ciò che si sanziona con questa norma è dunque la "unfair competition";
- l'art.329 bis, sulla condotta di chi intenzionalmente detiene più copie della stessa polizza di carico (evidentemente per scopi fraudolenti).

Come si vede, nessuno degli articoli citati, tuttora vigenti²²⁸, sanziona la corruzione fra privati; la decisione di intervenire in tal senso fu determinata dalla consapevolezza che il fenomeno, nonostante non fosse incriminato, era comunque diffuso e i codici etici e le altre pratiche di autoregolamentazione poste in essere dalle imprese non erano sufficienti.

Il legislatore olandese, nel momento in cui decise di introdurre una norma di contrasto al fenomeno, aveva a disposizione due modelli ai quali ispirarsi: quello previgente francese di matrice fiduciaria, che è stato analizzato nei paragrafi precedenti, e quello tedesco, tendente invece alla tutela della concorrenza leale (per la verità esisteva anche il modello britannico "unitario", introdotto a partire dal 1909 dal *Prevention of Corruption Act*). La scelta dei Paesi Bassi, che prima di introdurre il citato art.328ter si preoccuparono di istituire una Commissione per studiare il fenomeno in chiave comparatistica, fu quella di aderire al modello francese.

Si riporta di seguito il testo originario dell'art.328ter:

p. 181 ss.. In merito all'implementazione delle norme anticorruzione in Olanda, si veda anche il rapporto dell'OECD del 2020: *Implementing the OECD Anti-bribery Convention, Phase 4 Report, Netherlands*, in www.oecd.org.

²²⁸ Per una versione in lingua inglese del codice penale olandese si rimanda al sito www.legislationonline.org

“chiunque, nell’esercizio di un pubblico servizio o delle proprie funzioni all’interno dell’impresa, o agendo come agente, riceve un’utilità o la promessa di una utilità per un atto già compiuto o che si è omesso di compiere o che dovrà compiere o dal quale si dovrà astenersi, nell’esercizio degli obblighi inerenti al proprio ufficio o mandato, e chiunque, in violazione delle regole di buona fede, nasconde la ricezione di tale utilità o promessa al proprio datore di lavoro o principale, è punito con la reclusione non inferiore a un anno o con la multa..” (corruzione passiva); le pene previste al comma 1 sono altresì applicabili a chi dà o promette l’utilità ad altro soggetto, dipendente o agente dell’impresa, per un atto da questi già compiuto o omesso durante l’esercizio delle proprie funzioni o del proprio mandato, quando l’utilità o la promessa è di natura tale o fatta in circostanze tali che il soggetto possa ragionevolmente presumere che il dipendente o l’agente, in violazione delle regole di buona fede, non svelerà l’utilità o la promessa al datore di lavoro o al principale” (corruzione attiva).

La norma è stata in seguito sottoposta a modifiche a seguito delle raccomandazioni del GRECO, per renderla coerente col disposto degli articoli 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d’Europa; in particolare, sul versante della corruzione passiva è stata tipizzata anche la sollecitazione, oltre alla già penalmente rilevante accettazione; per quanto concerne la corruzione attiva, viene sanzionata, accanto alla dazione o alla promessa, la semplice offerta. L’oggetto del *pactum sceleris* è stato meglio precisato, nel senso che può trattarsi non solo di un dono, ma anche di un servizio²²⁹. La pena detentiva massima è stata innalzata da uno a due anni, e oggi a quattro anni, in modo da rispettare la Decisione quadro eurounitaria, che come si ricorderà prescrive l’adozione di una pena massima di tre anni di reclusione; bisogna però sottolineare che la pena detentiva non è l’unica possibile, perché in alternativa è prevista la pena pecuniaria, che per i fatti di corruzione privata può arrivare fino a 82.000 euro e, come si vedrà, i procedimenti per questo reato non necessariamente danno luogo a una sentenza di condanna.

Nello stabilire la pena le Corti si attengono solitamente alle cd. *LOVS guidelines*, che peraltro non sono obbligatorie; le linee guida, comunque, non costituiscono patrimonio del solo diritto olandese, essendo diffuse anche in altri ordinamenti, per esempio quello britannico. Esse costituiscono l’esito di uno studio condotto a seguito della consultazione dei tribunali olandesi in materia di corruzione, anche privata, e constano di sette categorie, che

²²⁹ Il rapporto del GRECO è consultabile sul sito www.coe.int (quando detto si riferisce al terzo ciclo di valutazione, che ha avuto luogo nel giugno del 2010).

dipendono dalla gravità del crimine, dal vantaggio ottenuto dal reo, dal fatto che il colpevole sia una persona fisica o giuridica, e infine dalla durata del procedimento; il loro scopo è quello di comminare una pena proporzionata alla gravità del fatto commesso, che può comprendere anche la confisca del profitto illecitamente ottenuto e l'interdizione dall'esercizio di determinate professioni²³⁰, previsioni che in materia di corruzione privata sembrano spesso più temibili della pena detentiva.

Per quanto riguarda l'utilità sollecitata, data o promessa, è chiaro che deve trattarsi di un bene o di un servizio che ha un valore, se non quantificabile oggettivamente, perlomeno nella considerazione di chi li riceve e che deve esservi una correlazione fra l'oggetto del patto e la violazione dei doveri del dipendente; peraltro, l'accusa non deve dimostrare esattamente la condotta che il dipendente infedele ha tenuto o si è impegnato a tenere, ma può semplicemente provare che questi ha sollecitato o accettato un bene o un servizio non dovuti. Sembra chiaro che i regali d'uso, i cosiddetti *business gifts*, non hanno rilevanza penale²³¹; il codice penale olandese, però, non stabilisce limiti quantitativi o qualitativi in merito ai regali d'uso, soprattutto per quanto riguarda le *hospitality expenses* (questo è un tema che, come si vedrà, acquista particolare rilevanza nel diritto britannico, che ha adottato un approccio rigoroso²³²).

Di conseguenza, il criterio guida per determinare la rilevanza penale della condotta pare essere quello della buona fede, del resto espressamente menzionato nella norma: ciò dovrebbe permettere di stabilire un criterio oggettivo, chiaramente anche in relazione all'attività specifica esercitata dal dipendente, e di escludere i cd *munuscula*; in caso di dubbio, peraltro, la richiamata buona fede sembrerebbe imporre al dipendente di informare il datore di lavoro. In ogni caso, il legislatore olandese sembra volere lasciare spazio alla regolamentazione privata, quindi ai codici di condotta delle singole imprese, in merito ai regali che i dipendenti possono ricevere da terzi.

La definizione di utilità non dovuta, nonostante le precisazioni fatte in seguito alle raccomandazioni del GRECO, è tuttavia meno pregnante rispetto a quanto la stessa legislazione olandese stabilisce con riguardo al settore pubblico. Riguardo ai pubblici funzionari, è infatti espressamente stabilito che l'utilità possa essere ricevuta indirettamente,

²³⁰ GEERTSMA, STEVENS, *Netherlands, op. cit.*, p. 183.

²³¹ TAK, *Il reato di corruzione, op. cit.*, p. 148.

²³² Cfr. Capitolo III par. 2.5.

ovvero per interposta persona e di conseguenza, a differenza della corruzione privata, a beneficiare del vantaggio non dovuto possono essere altri soggetti.

Per quanto riguarda il limite della rilevanza penale dell'utilità, il codice penale olandese non contiene prescrizioni in merito, in quanto il legislatore ha inteso lasciare al *Dutch Prosecution Service (DPPS)* il compito di redigere delle linee guida; il DPPS, a partire dal 2002, ha in effetti emesso delle linee guida in merito agli elementi da tenere in considerazione per l'esercizio dell'azione penale in materia di corruzione pubblica, ma non ha stabilito l'esatto limite oltre il quale regali o altri vantaggi possono costituire una tangente. I pubblici ufficiali olandesi, tuttavia, sono sottoposti a codici di condotta rigorosi e di norma non possono accettare regali di ammontare superiore a 50 euro all'anno, né sfruttare la loro posizione per ottenere vantaggi privati e i repertori di giurisprudenza olandese riportano anche dei casi di corruzione a fronte di donativi inferiori a 50 euro qualora finalizzati a far tenere al soggetto qualificato una determinata condotta attiva o omissiva²³³.

Come si vede, il legislatore olandese tratta diversamente la corruzione pubblica da quella privata: in quest'ultima la tipizzazione delle condotte è infatti meno precisa, perché sono esclusi i vantaggi dati o promessi per interposta persona, la pena massima è inferiore (quattro anni invece di sei) e soprattutto l'art. 328 ter è incentrato sulla lesione di beni meramente privatistici.

In modo del tutto simile all'abrogata norma del codice del lavoro francese, ciò che viene sanzionato non è tanto il ricevimento dell'utilità non dovuta, quanto invece il fatto che essa è stata tenuta nascosta al datore di lavoro; anche in questo caso, l'utilità deve essere causalmente collegata alla violazione di un dovere da parte del dipendente. Il datore di lavoro, peraltro, potrebbe privare il *pactum sceleris* del suo carattere illecito, qualora informato, anche a posteriori, dia il suo assenso; come sottolineato nelle pagine precedenti, l'assenso potrebbe essere dato per diverse ragioni.

²³³ GEERTSMA, STEVENS, *Netherlands, op. cit.*, p. 183.

6.1. La scarsa effettività del modello olandese e la sua dubbia conformità con gli strumenti sovranazionali.

La prospettiva seguita dal legislatore olandese è pertanto meramente privatistica: la norma non protegge infatti interessi esterni all'impresa, quali per esempio la concorrenza, ma tutela soltanto la moralità delle relazioni giuslavoristiche.

A ben vedere, infatti, il reato è integrato anche se il datore di lavoro non abbia riportato alcun danno di natura patrimoniale, perché ciò che conta è la violazione del rapporto di fiducia.

La concorrenza, alla quale si è fatto prima riferimento, non è protetta nemmeno mediatamente, perché l'imprenditore potrebbe decidere di approvare il patto corruttivo o addirittura di incoraggiarlo, qualora lo ritenga vantaggioso.

Il concetto di buona fede, che viene richiamato nella norma riguardo sia al corrotto sia al corruttore, è di matrice prettamente civilistica e fornisce la chiara dimensione di questa norma che, forse oltre le intenzioni del legislatore, risulta del tutto scevra da profili pubblicistici. Oltretutto, la buona fede potrebbe sussistere soltanto per il corrotto e non per il corruttore, o viceversa, con la conseguenza che la norma è costruita come fattispecie unilaterale piuttosto che bilaterale. Nella prassi sembrerebbe comunque più probabile che ad essere in buona fede possa essere il corruttore, qualora offra *benefits* quali ospitalità o simili nella convinzione erronea che il datore di lavoro del corrotto li ritenga accettabili; il corruttore, infatti, non necessariamente conosce i codici di regolamentazione o gli *interna corporis* delle altre imprese, ma questo naturalmente non potrebbe valere in caso di manifesta sproporzione dell'utilità data o offerta.

La Commissione che si era occupata della redazione della norma, alla quale si è fatto cenno nel precedente paragrafo, ha elencato i motivi per i quali è stato redatto l'art. 328ter²³⁴: la tutela della moralità pubblica, della fiducia nelle relazioni all'interno di imprese e società, dell'ordine pubblico, specialmente in un momento in cui anche le imprese private perseguono sempre più finalità di natura pubblicistica, il rafforzamento della legislazione in materia lavoristica e lo stimolo verso le imprese a creare codici di condotta interni.

²³⁴ TAK, *Il reato di corruzione, op. cit.*, p. 146.

Se questi erano gli obiettivi, sembra siano stati raggiunti soltanto in modo parziale, dal momento che, mentre il legislatore ha apprestato uno strumento utile per rafforzare la fiducia nei rapporti di lavoro, non ha però in alcun modo tutelato l'ordine pubblico; come abbiamo visto, infatti, il carattere illecito del fatto dipende proprio dalla volontà dell'imprenditore, e questo indipendentemente dal fatto che le aziende coinvolte in fatti di corruzione privata perseguano o meno finalità pubblicistiche.

Per questi motivi, oltre che per una formulazione della norma ritenuta non del tutto perspicua, la dottrina olandese ha spesso criticato la formulazione dell'art.328ter, considerata norma ormai insufficiente a contrastare la corruzione fra privati e comunque non in linea con gli obiettivi eurounitari; lo stesso GRECO, facendo proprie le perplessità sopra evidenziate, aveva sollecitato il legislatore olandese a rivedere il requisito per il quale il ricevimento dell'utilità deve essere nascosto al datore di lavoro in modo contrario alla buona fede. L'invito non ha però avuto seguito e in ogni caso il GRECO, in modo sbrigativo, ha ritenuto soddisfacenti le modifiche adottate dall'Olanda in materia di corruzione nei settori pubblico e privato e di conseguenza trascurabile il rischio di una cattiva lettura dell'art.328ter. In realtà, ad essere stata messa in discussione non era la semplice formulazione della norma, ma l'essenza stessa del modello lealístico: il rapporto di buona fede col datore di lavoro e il consenso di questi al ricevimento dell'utilità. Qualora l'Olanda avesse inteso dare pienamente seguito alle indicazioni del Consiglio d'Europa non avrebbe dovuto limitarsi a modificare la norma, ma l'esito sarebbe stato un vero e proprio stravolgimento: ne sarebbe risultata, forse, una codificazione perlomeno aperta alla tutela di interessi diversi da quelli giuslavoristici, come la nuova norma del codice penale francese approvata nel 2005.

Il legislatore olandese ha invece scelto di rendere più preciso l'art.328ter nel senso descritto nelle pagine addietro, senza tuttavia mettere in discussione l'impianto della norma. Questa, dunque, appare fortemente ispirata all'art.452-6 del Code du travail, dalla quale si differenzia soprattutto perché sanziona anche la corruzione susseguente; in una fattispecie così strutturata, peraltro, la sanzione delle condotte susseguenti può giustificarsi alternativamente con la volontà di scoraggiare i dipendenti dal violare i propri doveri con la prospettiva, benché incerta, di ottenere dei vantaggi futuri o di evitare la crescita di un malcostume aziendale che potrebbe portare facilmente alla commissione di più gravi fatti di corruzione antecedente.

A parte questo, comunque, la norma olandese è del tutto simile a quella francese e, nonostante la Commissione che l'ha redatta non lo affermi esplicitamente, non è possibile esimersi dal pensare che l'art.328ter è figlio dell'art.452-6. Peraltro, mentre il padre è ormai defunto nel 2005, e quindi materia di solo studio accademico, il figlio è passato indenne, salvo alcune modifiche non sostanziali, ai rilievi del GRECO e alla necessità di dare attuazione alla Decisione quadro eurounitaria.

Parte della dottrina, in modo significativo, definisce il modello olandese come giuslavoristico²³⁵, in considerazione del fatto che il suo campo di applicazione e gli interessi tutelati sono meramente interni all'impresa, per cui essa costituisce un complemento del diritto del lavoro.

Tuttavia, in considerazione delle similitudini con l'art.452-6, sembra opportuno ritenerlo una fattispecie lealistica, anch'essa pura, e questo consente di riflettere meglio sul fatto che tale modello non è affatto superato, anche se non si tratta del migliore possibile nel contrasto alla corruzione privata.

In modo simile all'abrogata norma francese, l'art.328ter ha avuto uno spazio applicativo limitato; ciò è dovuto, probabilmente, non solo alle peculiarità dei modelli privatistici (desiderio del datore di lavoro di evitare lo *strepitus fori* e preferenza per il licenziamento o le dimissioni), ma anche alle lacune normative (per esempio non sembra avere rilievo penale l'utilità indebita data a terzi anziché al corrotto) e ad alcune specifiche caratteristiche del sistema penale olandese, che si andranno sinteticamente ad esaminare.

Innanzitutto, in Olanda l'azione penale è discrezionale, in quanto il *Dutch Prosecution Service* deve innanzitutto valutare se sussiste un *public interest*. In materia di corruzione il DPPS ha pubblicato delle linee guida volte a stabilire l'opportunità di iniziare un procedimento e gli elementi da tenere in considerazione sono: la valutazione in merito al soggetto che ha assunto l'iniziativa del *pactum sceleris*, il valore dell'utilità data o promessa e la sua accettabilità sotto il profilo sociale, la frequenza e la segretezza, le relazioni tra il corrotto e il corruttore, le conseguenze dell'azione, i provvedimenti non penali, per esempio le azioni disciplinari, adottate nei confronti del soggetto.

Come si vede, i profili evidenziati si adattano molto bene alla *commercial bribery*, mentre ve ne sono altri, quali per esempio i danni riportati dal Governo, lo *status* e le

²³⁵ LA ROSA, *Corruzione privata, cit.*, p. 65, fautore di un diritto della corruzione privata volto primariamente alla tutela della concorrenza, non esita a definire «barocco» l'art.328ter.

funzioni del pubblico ufficiale, il modo in cui l'ente rispetta le politiche di integrità prescritte dal *Civil Servants Act*, che si riferiscono unicamente alla corruzione nel settore pubblico²³⁶.

A parte la discrezionalità dell'azione penale sopra richiamata, per i reati puniti con la reclusione fino a sei anni, fra i quali rientra come si è visto la corruzione privata, il DPPS può in alternativa optare per una procedura transattiva ai sensi dell'art.51 del codice penale olandese. Si tratta di un istituto con finalità deflattive, nella prassi molto utilizzato, grazie al quale il reo può sottrarsi al processo concludendo con l'accusa un accordo che può prevedere il pagamento di una sanzione pecuniaria, il risarcimento del danno, la confisca di determinati beni o il pagamento del loro valore all'erario²³⁷.

A fronte di quanto detto può ben comprendersi che in Olanda, a fronte della commissione di un fatto di corruzione privata non necessariamente segue un procedimento, nemmeno qualora il datore di lavoro del corrotto richieda l'intervento della giustizia penale. Il DPPS potrebbe infatti ritenere, soprattutto nei casi più lievi, dove non vi sono profili di danno patrimoniale, peraltro neppure richiesti dall'art.328ter, che non vi sia un interesse pubblico ad instaurare un processo, e così pure qualora il danno sia stato risarcito o il corrotto e il corruttore concludano una transazione che preveda il pagamento di una somma parametrata all'utilità indebita ricevuta. Ciò è tanto più probabile in una fattispecie, quale la corruzione privata, che nel diritto olandese tutela interessi meramente interni all'impresa, senza preoccuparsi minimamente della possibile lesione della concorrenza.

Il diritto civile dei Paesi Bassi, pur non prevedendo i danni punitivi, contempla in questi casi il risarcimento del danno, purché il datore di lavoro del corrotto ne provi la consistenza; questi potrà anche richiedere l'annullamento del contratto stipulato a suo nome dal dipendente infedele in quanto formato in seguito a frode, mentre lo stesso accordo corruttivo deve ritenersi nullo, salva l'impossibilità per il corruttore di recuperare l'utilità indebita qualora il corrotto abbia dato seguito all'accordo. Oltretutto, nella strategia di contrasto alla corruzione privata, il Governo olandese sembra puntare maggiormente sull'autoregolamentazione delle imprese piuttosto che sull'esercizio dell'azione penale²³⁸.

Nonostante questo, le imprese olandesi hanno recentemente lamentato la mancanza di linee guida governative con particolare riguardo alla *foreign bribery*, richiedendo da parte

²³⁶ GEERTSMA, STEVENS, *Netherlands, op. cit.*, p. 184-185.

²³⁷ TAK, *Il reato di corruzione, p. cit.*, p. 150-151.

²³⁸ TAK, *The Netherlands, op. cit.*, p. 303 ss.

dell'esecutivo indicazioni sulla misura in cui l'adozione di un *compliance program* può avere nel valutare la responsabilità dell'impresa²³⁹. In ogni caso la *corporate responsibility*, che in generale può prescindere da quella della persona fisica, comporta nei casi di corruzione una sanzione pecuniaria fino a 82.000 euro o se insufficiente fino al dieci per cento del fatturato annuo, oltre alla confisca dei beni illegalmente ottenuti e la pubblicazione della sentenza.

In materia di corruzione privata, oltre all'art.328ter già commentato, si segnala il successivo art. 328quater, che sanziona la corruzione antecedente e susseguente di chi accetta utilità non dovute per la violazione dei doveri d'ufficio in relazione ad attività concernenti la fornitura di informazioni sulle telecomunicazioni alla polizia o all'autorità giudiziaria o la cooperazione nell'intercettazione o nella registrazione delle telecomunicazioni; allo stesso modo è punita la corruzione attiva. Si tratta di una norma aperta anche alla repressione di fatti di corruzione privata, dal momento che non vi sono riferimenti ai *civil servants*, per cui le condotte possono essere commesse anche da dipendenti di imprese private e anche dallo stesso imprenditore. In questo caso, essendo gli interessi tutelati di matrice esclusivamente pubblicista, non si pone il problema del consenso del datore di lavoro quale causa di esclusione della tipicità del fatto.

Chiusa questa breve parentesi, occorre adesso valutare se l'art.328ter è una norma coerente con gli obblighi di incriminazione stabiliti dalla Decisione quadro eurounitaria.

La Commissione Europea, nell'*EU anti-Corruption Report* del 2014²⁴⁰, afferma che l'Olanda aveva a suo tempo comunicato che il suo ordinamento già rispondeva ai requisiti della Decisione quadro, in quanto la corruzione privata era oggetto di tutela penale; la Commissione rileva altresì di avere formulato nel 2007, così come aveva fatto il GRECO l'anno successivo, alcuni rilievi sulla legislazione olandese, a seguito dei quali nel 2009 erano intervenute modifiche all'art.328ter, riportate nelle pagine precedenti. La Commissione si limita a prendere atto di ciò e riconosce che il GRECO nel 2010 aveva ritenuto soddisfacente la nuova formulazione dell'art.328ter, peraltro non molto diversa dalla precedente, dal momento che viene mantenuto il modello lealistico puro.

Questo giudizio, del tutto appiattito su quello del GRECO, sembra invero superficiale e comunque pone più problemi di quanti ne risolve; tra l'altro sembra dimenticare quanto

²³⁹ Cfr. il rapporto dell'OECD del 2020: *Implementing the OECD Anti-bribery Convention*, cit., p. 79 ss.

²⁴⁰ Cfr. pag.3. Il rapporto è consultabile sul sito ec.europa.eu.

evidenziato dalla stessa Commissione al Consiglio e al Parlamento nel Rapporto del 2011 sulla trasposizione della Decisione quadro, dove si menzionava quale criticità in relazione all'Olanda il fatto che le offese erano limitate ai casi in cui il datore di lavoro non era stato informato dal dipendente.

La Commissione, in sostanza, ha riconosciuto conforme alla Decisione quadro, che pure fa professione della necessità di tutelare la concorrenza leale, una norma che con la concorrenza non ha nulla a che vedere e che non la tutela neppure in via eventuale, come fa invece il modello portoghese (per questo definito “evoluto”) nei casi di maggiore gravità.

Nel capitolo precedente²⁴¹ è stato sottolineato il fatto che anche nelle codificazioni aperte alla tutela della concorrenza, o addirittura incentrate su di essa, è necessaria la violazione dei doveri da parte del dipendente. Nella norma olandese, però, tutto si esaurisce nell'ambito dell'impresa e non esiste la protezione di interessi ulteriori; pur non richiedendosi il nocumento, è pacifico che la persona offesa (il datore di lavoro) può privare il fatto del suo carattere illecito, mediante il consenso, il che ha un effetto utile del tutto simile alla previsione della querela di parte, che pure è stata censurata dalla stessa Commissione Europea in relazione all'ordinamento italiano con riferimento all'articolo 2635 del codice civile²⁴².

L'aver ritenuto pacificamente la norma olandese conforme al diritto eurounitario rende pertanto ancora più attuale il dibattito su quale sia esattamente il bene giuridico tutelato dalla Decisione quadro²⁴³ e forse dovrebbe segnalare la necessità di una riflessione a questo proposito anche a livello europeo²⁴⁴.

²⁴¹ Cfr. par.2.

²⁴² Cfr. Capitolo V par. 6.

²⁴³ Cfr. Capitolo I par.12.

²⁴⁴ Quanto detto sembra adattarsi anche al Belgio. Il legislatore ha infatti introdotto nel 1999, nell'intento di dare attuazione alla allora Azione comune, gli artt.504 bis e ter del codice penale, nella sezione dedicata alle frodi. La corruzione passiva viene commessa dall'amministratore o gestore di una persona giuridica, dal mandatario di una persona giuridica o fisica, che sollecita o accetta, anche per interposta persona, qualsiasi vantaggio per sé o per un terzo, per compiere o astenersi dal compiere un atto della sua funzione o da questa facilitato, all'insaputa e senza l'autorizzazione del consiglio d'amministrazione, dell'assemblea, del mandante o del datore di lavoro; la corruzione attiva è speculare. Trattasi di una norma di chiaro impianto lealistico, che ha tratto evidentemente ispirazione, anche sotto il profilo lessicale, dall'abrogato art. 152-6 del *Code du Travail* francese, con la differenza che mentre il legislatore francese ha abrogato la norma, ritenuta insoddisfacente rispetto agli obblighi eurounitari, quello belga, nonostante alcune modifiche, ha mantenuto l'impianto originario. Anche le pene edittali sono inferiori rispetto a quanto richiesto dalla Decisione quadro (da 6 mesi a due anni di reclusione e/o la pena pecuniaria), mentre solo se alla sollecitazione ha fatto seguito una proposta o se la proposta viene accettata la pena può ascendere fino a tre anni di reclusione, sempre congiuntamente o in alternativa alla pena pecuniaria. Gli interessi tutelati sono pertanto meramente interni ai rapporti fra le parti e l'aspetto più apprezzabile della normativa è la sua applicabilità anche ai rapporti di mandato estranei alle relazioni commerciali, quelli definiti di “mandato puro”. Nonostante si tratti di disposizioni di dubbia

7. L'Austria e la corruzione privata: introduzione.

La corruzione privata in Austria è oggi sanzionata da tre norme: il paragrafo 10 della legge sulla concorrenza (UWG), che sembra oggi avere però un ruolo marginale anche in ragione delle modeste sanzioni previste e i paragrafi 153a e 309 del codice penale (oStGB).

Delle norme codicistiche, la prima è senza dubbio quella di maggior interesse e, data la sua matrice privatistica, o meglio patrimonialistica, la trattazione del diritto austriaco è stata inserita nel presente capitolo, tenendo anche in considerazione il fatto che, come si vedrà, il paragrafo 309 è norma di incerta qualificazione e ha determinato il sorgere di contrasti nella dottrina transalpina.

7.1. Il paragrafo 253 a OSTGB quale espressione (quasi) compiuta del modello patrimonialistico.

Di particolare rilevanza nello studio del modello patrimonialistico è la disamina del paragrafo 153a del codice penale austriaco²⁴⁵, denominato “accettazione di doni da parte del rappresentante”, per il quale “chi, per l’esercizio del potere di disporre di un patrimonio altrì o di obbligare un altro, che spetta per legge, per incarico dell’autorità o per un negozio giuridico, ha accettato ed indebitamente trattenuto una non insignificante utilità patrimoniale, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a 720 quote giornaliere”.

compatibilità con la Decisione quadro, non essendo tutelata la concorrenza, la Commissione Europea nello EU Anti Corruption Report del 2014 non ha avanzato alcun rilievo, limitandosi ad affermare, in modo ancora più piano di quanto fatto in relazione all'Olanda, che il Belgio ha dato attuazione allo strumento, con un orientamento che desta quindi molte perplessità; la stessa Commissione, nel successivo Report del 26 luglio del 2019 (consultabile sul sito www.ec.europa.eu) sul modo in cui gli Stati membri hanno dato esecuzione alla Decisione quadro, ha però parzialmente mutato il proprio orientamento, sottolineando quale “limitazione” il fatto che la normativa belga sia la sola, insieme a quella lussemburghese, a considerare la condotta illecita solo qualora il fatto sia avvenuto all'oscuro del datore di lavoro; finora non risulta però avviata una procedura di infrazione nei confronti del Belgio. L'approccio del legislatore belga in materia di corruzione privata non sembra peraltro destinato a mutare: la Commissione per la riforma del codice penale, istituita dal Governo nel 2015, ha infatti presentato nel 2019 un progetto il cui art.454 (*la corruption privée active e passive*) non si discosta dal vigente art.504 bis; l'impostazione privatistica è anzi rafforzata dell'inserimento della norma nel titolo sulle *Infractions contre les biens* (cfr. ROZIE, VANDERMEERSCH, . DE HERDT, *Un nouveau code penal pour le futur?*, Bruges, 2019, p. 94).

²⁴⁵ In merito a questa norma, fra i contributi in lingua italiana si rimanda a LA ROSA, *Corruzione privata*, cit., p. 46 ss., BERTEL, *I più importanti delitti contro il patrimonio nel codice penale austriaco*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1990, fasc.4, p. 889 ss., BERTEL, *Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1988, fasc.1, p. 43 ss., FOFFANI, *La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, op. cit., p. 382 ss.

Come si vede, trattasi di una norma che si applica innanzitutto all'impresa, ma non soltanto, in quanto è sufficiente l'esistenza di un rapporto di mandato, che potrebbe essere conferito da una persona che non esercita attività commerciale ad un'altra, non necessariamente un dipendente, per il compimento di qualsiasi atto giuridico; nulla vieta, peraltro, che il mandato sia a titolo gratuito.

Ciò che la norma sanziona è il ricevimento di un'utilità non dovuta e il suo mancato trasferimento al mandatario. La legge specifica espressamente che l'utilità non deve essere trascurabile, con esclusione quindi dei regali d'uso, la cui consistenza dovrà evidentemente essere valutata in buona fede secondo il contesto sociale di riferimento, in modo simile a quanto abbiamo visto per l'art.328ter olandese, dove peraltro è il legislatore a prescrivere in modo espresso il requisito della buona fede.

Il modello viene denominato patrimonialistico perché, come ha specificato autorevole dottrina, «punisce la corruzione privata in quanto lesione del rapporto di fedeltà patrimoniale fra mandatario e mandante»²⁴⁶. È però opportuno chiarire questo aspetto.

Sicuramente il rapporto di fedeltà implica il fatto che il mandatario deve curare nel miglior modo possibile gli interessi del mandante, che sembrano dover avere necessariamente consistenza patrimoniale, in quanto la norma fa riferimento ad atti di disposizione del patrimonio o che comunque obbligano il mandante; il mandatario deve altresì limitarsi a percepire i compensi, qualora previsti, pattuiti col mandante, senza accettare da parte di terzi utilità non dovute diverse dai regali d'uso in relazione al suo incarico.

L'articolo, tuttavia, non prevede che il mandante debba soffrire un danno patrimoniale dal *pactum sceleris*, al quale non necessariamente fa seguito una *deminutio patrimonii* e anzi, a rigore nemmeno prevede un vero e proprio *pactum sceleris*. Se per comune esperienza appare ovvio che l'utilità non dovuta viene corrisposta dal terzo a seguito della conclusione di un accordo corruttivo la cui esecuzione comporta un danno economicamente valutabile per il mandante, dal momento che il mandatario non agirà certo nel suo miglior interesse, ma secondo le direttive provenienti dal terzo, la norma non menziona tuttavia il danno patrimoniale.

²⁴⁶ FOFFANI, *La corruzione fra privati*, op. cit., p. 382-383.

Quindi, al di là di ciò che accade empiricamente, ovvero corruzione-esecuzione del patto-danno per il mandante, dal punto di vista dogmatico sembra abbia ragione la dottrina in commento ad inquadrare la norma nella fattispecie dell'infedeltà, a maggior ragione come si vedrà al momento della trattazione della sua genesi. Proprio per questo motivo la norma austriaca è stata qualificata come espressione quasi compiuta di un modello patrimonialistico, perché ciò che si sanziona non è il danno, che in ipotesi potrebbe anche mancare, ma il pericolo di danno, con un'anticipazione della tutela.

Trattasi, come risulta dalla lettura della norma, di una fattispecie monosoggettiva, perché ad essere punito è solo chi riceve, non il corruttore.

Ciò ha dato luogo a un dibattito nella dottrina austriaca del tutto simile a quello che ha interessato quella italiana in merito ai reati plurisoggettivi impropri: secondo un orientamento minoritario sarebbe possibile estendere la punibilità anche al terzo, secondo i principi in materia di concorso di persone nel reato, mentre la tesi maggioritaria, più aderente al principio di legalità, propende per la non punibilità, secondo la lettera della norma. Sembra però discutibile l'opinione espressa²⁴⁷ per la quale, specialmente nell'esercizio di attività di grande rilievo economico, sarebbe molto più facile per l'*intraneus* rifiutare la tangente offerta piuttosto che per l'*extraneus* astenersi dall'avanzare la proposta. Secondo questa tesi, in buona sostanza, la forte competizione nel mondo degli affari farebbe sì che le imprese "dovrebbero", per non restare escluse, offrire tangenti agli agenti delle controparti che dispongono di potere decisionale, mentre questi potrebbero rifiutarle; è chiaro, però, che ragionando in tal modo si finisce per giustificare la corruzione attiva, anche nel settore pubblico, dove spesso vengono aggiudicati appalti di valore. Più ragionevole sarebbe, al limite, l'opinione di chi ritiene che il trattamento sanzionatorio del corrotto e del corruttore dovrebbero essere differenziati in un modello incentrato sull'infedeltà, perché solo il primo è parte del rapporto agente-principale, mentre il secondo ne risulta estraneo²⁴⁸.

La norma, quindi, presenta nella sua costruzione forti venature lealistiche; a differenza di quanto previsto espressamente dall'art.152-6 del *Code du travail* e dall'art.328ter olandese non è però sufficiente che l'agente si limiti ad informare il principale, ma deve trasferire l'utilità non dovuta, presumibilmente in modo da eliminare qualsivoglia interferenza nell'espletamento del mandato. Il paragrafo 153a, inoltre, sanziona solo la

²⁴⁷ BERTEL, *Infedeltà*, op. cit., p. 53-54.

²⁴⁸ NIETO MARTIN, *La corruzione*, op. cit., p. 141. Differenti sanzioni per il corrotto e il corruttore, come si è visto, sono per esempio previste nella legislazione portoghese.

corruzione antecedente e la condotta di ricezione, mentre la sollecitazione e la promessa non sembrano avere rilievo, proprio perché non possono essere trasferite al mandante. La locuzione “patrimonialistico”, allora, potrebbe riferirsi non solo alla tutela del patrimonio del mandante, ma anche a ciò che deve essere trasferito qualora indebitamente ricevuto.

Per comprendere appieno questa norma occorre però, come detto sopra, affrontare seppur brevemente le ragioni sottostanti alla sua approvazione.

Il legislatore austriaco l’ha introdotta nel 1987 come fattispecie complementare all’infedeltà patrimoniale prevista dal precedente paragrafo 153. Commette questo reato chiunque abusi in modo consapevole della propria autorità per disporre di beni altrui o per obbligare un’altra persona e quindi danneggiarne le proprietà; la pena prevista è la reclusione fino a sei mesi, ma se il danno è superiore a 5.000 euro può arrivare fino a tre anni, per salire fino a dieci se il danno è superiore a 300.000 euro, importo peraltro facilmente raggiungibile in operazioni di rilevante entità.

L’infedeltà patrimoniale sopra descritta fu adottata nel 1931 a seguito di un grande scandalo bancario, nel momento in cui il Governo austriaco si rese conto che non vi era una norma idonea a reprimere penalmente il fatto²⁴⁹; il delitto si compie quando un soggetto, che in forza di un potere rappresentativo dispone del patrimonio di qualcun altro, commette un “abuso di procura” in modo consapevole, cagionando pertanto un danno patrimoniale. Per esempio è il caso degli amministratori che vendono beni a prezzi esageratamente scontati, o concedono dilazioni di pagamento non giustificate, o versano denaro a terzi dai conti correnti aziendali senza causa²⁵⁰.

Come si vede, la norma sull’infedeltà patrimoniale, a differenza dell’accettazione di utilità non dovute da parte del rappresentante, non necessariamente presuppone un accordo corruttivo a monte dell’abuso di procura, ma richiede il nocumento, per cui si tratta di una fattispecie di danno e non di pericolo.

Proprio quest’ultimo aspetto, il nocumento appunto, ha determinato consistenti difficoltà applicative, perché esso deve essere provato. La giurisprudenza, in concreto, ha cercato di attenuare l’onere probatorio dell’accusa, ravvisando nella stipulazione di un contratto svantaggioso per il mandante a seguito dell’abuso consapevole del mandatario un danno *in re ipsa*. I giudici affermavano allora che, siccome la tangente pagata dal terzo (l’infedeltà in

²⁴⁹ BERTEL, *Infedeltà*, op. cit., p. 43.

²⁵⁰BERTEL, *I più importanti delitti*, op. cit., p. 903-904.

taluni casi segue ad un accordo corruttivo) si era tradotta in un aggravio dei costi, l'agente infedele avrebbe dovuto negoziare una riduzione del prezzo pattuito nel contratto concluso a nome del mandante di importo almeno pari alla tangente ricevuta; essa avrebbe assunto così la veste di una "occulta riduzione di prezzo" a beneficio del mandatario e non invece del mandante come avrebbe dovuto essere.

La dottrina ha però severamente criticato questa impostazione, sostenendo che allora, paradossalmente, qualora il mandatario rifiutasse la tangente offerta dal terzo, dovrebbe pretendere una riduzione di prezzo pari alle profferte ricevute e inoltre ha rilevato che spesso la tangente non è una diminuzione di costo, ma è semplicemente un modo per stabilire buone relazioni in vista di futuri affari²⁵¹.

In realtà, però, la tangente costituisce quasi sempre un costo a carico dell'ignaro mandante, ma ciò non toglie che, visto il tenore della norma sull'infedeltà, il danno subito vada comunque provato, cosa non sempre facile.

Proprio per evitare il ripetersi delle semplificazioni probatorie spesso ricercate dalla giurisprudenza austriaca, il legislatore ha introdotto il paragrafo 153a quale reato di pericolo e norma avamposto rispetto all'infedeltà patrimoniale, stabilendo una pena minore per la fattispecie, che a ragione parte della dottrina austriaca ha stigmatizzato, parlando di «quasi-kavalierdelikte» ovvero delitto quasi perdonabile, in relazione al fatto che la reclusione fino a un anno è uno scarso deterrente per le forme di criminalità economica.

I paragrafi 153 e 153a del codice penale austriaco costituiscono pertanto una sorta di microsistema, dove vi è una norma avamposto, l'accettazione di regali da parte del rappresentante, strutturata come reato di pericolo, e una di chiusura, l'infedeltà patrimoniale, che presuppone il danno ed è punita ben più severamente.

L'impostazione del legislatore austriaco riscuote l'apprezzamento di parte della dottrina italiana, per la quale la tangente avrebbe un «mero valore sintomatico dell'insorgenza di un conflitto di interessi»²⁵², cosicché sarebbe ragionevole configurare la fattispecie corruttiva quale avamposto dell'infedeltà, rappresentativa invece di un approfondimento della lesione. Occorre sottolineare infatti, come si vedrà nel capitolo dedicato all'Italia²⁵³, che nel

²⁵¹ Per una chiara esposizione di questi concetti cfr. FOFFANI, *La corruzione fra privati*, op. cit., p. 383 ss.

²⁵² *Ibidem*, p. 390. Nello stesso senso SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, op. cit., p. 990, che esprime lo stesso concetto ancora più chiaramente.

²⁵³ Cfr. Capitolo V par.1.

momento in cui è stato affrontato per la prima volta il problema dell'incriminazione delle condotte corruttive nel settore privato, con riferimento agli amministratori di società (perché quello era il tradizionale angolo visuale, oggi tutt'altro che abbandonato), la dottrina ha fatto riferimento alla repressione di condotte di *mala gestio* che tendevano a rifluire nell'infedeltà patrimoniale, comportando il danno o perlomeno il pericolo di danno al patrimonio della società²⁵⁴.

La prospettiva adottata nel presente lavoro è invece differente, come spiegato nel primo capitolo²⁵⁵, dove la corruzione è stata definita quale infedeltà aggravata o qualificata dal pagamento di una tangente: la corruzione è più grave dell'infedeltà, perché sussiste il *pactum sceleris* e il danno per il "principale", anche se non entra nella struttura della fattispecie, è quasi sempre presente.

7.2. Alcune considerazioni sul paragrafo 153a OSTGB.

Parte della dottrina ritiene che il ruolo del paragrafo 153a si riduca a quello di mera norma avamposto rispetto all'infedeltà patrimoniale, avanzando altresì dubbi in merito alla necessità della sua codificazione: secondo questa tesi, infatti, l'agente potrebbe avere accettato l'utilità indebita con riserva mentale di non compiere l'atto illecito (che, occorre ricordarlo, non è espressamente previsto dalla norma), oppure potrebbe già in precedenza essersi determinato per altre ragioni ad agire in modo difforme dagli interessi del mandatario; né potrebbe l'art.153a essere costruito diversamente, in quanto diverrebbe altrimenti un inutile doppione dell'infedeltà patrimoniale²⁵⁶.

Queste critiche sembrano ragionevoli qualora si esamini la norma nel contesto normativo austriaco, dove in effetti la sua rilevanza pratica sembra essere limitata, anche per l'eccessiva mitezza della pena massima. Tuttavia è utile sottolineare le potenzialità, non trascurabili, che una norma di tal genere potrebbe avere nella criminalizzazione di fatti di corruzione privata, specialmente se corredata da una cornice edittale più congrua, in contesti diversi dall'impresa.

Di norma, come già evidenziato, la corruzione privata tende infatti a coincidere con la *commercial bribery*: ciò vuol dire che la maggior parte di questi fatti avviene nell'impresa e

²⁵⁴ MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1971, p. 707 ss.

²⁵⁵ Cfr. par.2.

²⁵⁶ LA ROSA, *Corruzione privata*, op. cit., p. 52-53.

nell'esercizio di attività commerciali. Tuttavia è concretamente possibile che alcuni di essi, con conseguenze patrimoniali che possono essere di rilievo per il mandante, si verifichino nell'ambito di rapporti meramente privatistici, quindi di un mandato "puro".

In questo caso, naturalmente, l'oggetto della tutela non può essere altro che il patrimonio del mandante, mentre la lesione del rapporto di fiducia fra mandante e mandatario, pur presente, tenderebbe a restare sullo sfondo, trattandosi di relazioni spesso di minore intensità e durata rispetto al rapporto di lavoro nell'impresa, a prescindere dagli interessi patrimoniali in gioco, che potrebbero essere notevoli.

Anche se la Decisione quadro eurounitaria e gli altri strumenti sovranazionali non si occupano della corruzione in un rapporto di mandato "puro", in quanto il loro obiettivo è più che altro rivolto alla correttezza delle relazioni commerciali e alla concorrenza, non significa che non possa farlo il legislatore, così come ha fatto quello austriaco, seppur con esiti non eccelsi.

L'introduzione di una norma simile al paragrafo 153a era stata per esempio proposta in Italia dai deputati Mammola e altri, con provenienza da uno stralcio deliberato dalla Camera il 13 luglio 1999²⁵⁷.

Si prevedeva una novella al codice penale, con l'introduzione di un nuovo art.646bis, così recitava: "salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mandatario o il rappresentante, il quale agisce contro l'interesse del proprio mandante o rappresentato o comunque in difformità dai propri doveri, gli procura un danno ingiusto per avere ricevuto per sé o per altri denaro e un'altra utilità o per averne ricevuto la promessa, è punito con la reclusione fino a due anni. Alla stessa pena soggiace colui che dà o promette al mandatario o al rappresentante il denaro o l'altra utilità. Si procede a querela della persona offesa".

Come si vede la proposta, peraltro mai diventata legge, ha un'impostazione di fondo simile a quella austriaca, in quanto è volta alla tutela della corruzione nelle relazioni fra privati di natura non necessariamente commerciale. La sua struttura è però più completa e comunque maggiormente conforme a quello che lo studioso può aspettarsi da una norma in materia di corruzione privata che si innesta su un rapporto di mandato "puro": la violazione dei doveri a seguito anche della semplice promessa (e non solo della dazione dell'utilità non dovuta come nella norma austriaca) e la verifica di un danno patrimoniale; il reato è a

²⁵⁷ Cfr, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, p. 299.

concorso necessario proprio, con identica punibilità per il corruttore e anche la pena è superiore a quella prevista dal paragrafo 153a.

La norma, ad ulteriore riprova della sua vocazione patrimonialistica, nell'intenzione dei proponenti doveva essere posta subito dopo la fattispecie dell'appropriazione indebita.

L'inadeguatezza dell'appropriazione indebita nella tutela delle relazioni di natura non commerciale è stata per esempio evidenziata in un contributo relativo alle problematiche della tutela penale del trust²⁵⁸, ma che, *mutatis mutandis*, esprime concetti che possono adattarsi ad altre fattispecie privatistiche, laddove il mandatario abbia la disponibilità dei beni del mandante per raggiungere lo scopo del contratto. In questo caso, considerate le incertezze applicative palesatesi in merito al reato di cui all'art.646, viene rilevato un vuoto normativo nei confronti degli abusi commessi dal *trustee* nello svolgimento dell'attività gestoria. La proposta avanzata, in consonanza con la tradizionale dottrina italiana richiamata nel paragrafo precedente, è quella di una norma sull'infedeltà patrimoniale, qualora il *trustee* compia, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, atti che cagionano un danno al fondo. Andando oltre al contributo in commento, si potrebbe però ipotizzare di introdurre, quale reato più grave, una fattispecie di corruzione privata con maggior respiro rispetto al limitato istituto del *trust*, che non necessariamente preveda la verifica di un danno, pur nella maggior parte dei casi senz'altro presente.

La norma austriaca potrebbe essere quindi molto utile per fornire spunti di riflessione per la tutela della corruzione privata al di fuori dell'impresa e sarebbe anzi opportuno, nelle legislazioni che non prevedono una infedeltà prezzolata del mandatario *et similia*, introdurre una fattispecie di questo tenore. Chiaramente una simile norma dovrebbe avere una funzione complementare, di chiusura del sistema e non potrebbe invece essere il fulcro del contrasto a questo fenomeno.

Il legislatore austriaco, infatti, per ottemperare agli obblighi eurounitari, ha modificato la propria legislazione con l'introduzione del paragrafo 309 del codice penale, che sarà adesso oggetto di disamina.

²⁵⁸ SILVESTRE, *La fiducia violata: l'inadeguatezza del delitto di appropriazione indebita alle esigenze di tutela del trust*, in *Ind.pen.*, 2018, fasc.1, p.73 ss.

7.3. La riforma austriaca della corruzione privata e il paragrafo 309 OSTGB.

Come abbiamo visto prima, la norma di cui al paragrafo 153a sembra adattarsi poco alle relazioni di natura commerciale e inoltre anche le pene previste sono decisamente miti.

In modo forse paradossale, l'Austria si era avvalsa della riserva di cui all'art.2 della Decisione quadro eurounitaria nel senso di limitare, per non periodo non superiore a cinque anni la repressione della corruzione fra privati alle condotte lesive della concorrenza.

Fino al 2008 la sola norma di riferimento in materia di corruzione privata e concorrenza è stato infatti il paragrafo 10 della legge sulla concorrenza del 1923 (UWG), per il quale chiunque offre, promette o concede doni o altri vantaggi ai dipendenti o agenti di una società in rapporti d'affari con finalità di concorrenza al fine di privilegiare se stesso o un terzo attraverso comportamenti scorretti da parte di dipendenti o agenti quando acquistano beni o servizi, è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a 180 quote giornaliere; allo stesso modo viene tipizzata e sanzionata la corruzione passiva.

Tale norma è in effetti molto avanzata nei confronti della tutela della concorrenza, ma la pena è davvero irrisoria, con conseguente mancanza di effettività.

Il legislatore austriaco, che avrebbe potuto modificare il paragrafo 10 UWG per renderlo coerente agli obblighi sovranazionali, scelse invece nel 2008 di introdurre il paragrafo 309 del codice penale, che sanziona con la reclusione fino a due anni il dipendente o l'agente di una società che nei rapporti d'affari, per l'esecuzione illecita di un atto giuridico richiede, accetta o si fa promettere un vantaggio per sé o per un terzo; in modo speculare è punita la corruzione attiva. Nelle forme aggravate, a seguito di una novella del 2012, la pena massima può salire fino a tre anni (vantaggio superiore a 3.000 euro) o a cinque anni (vantaggio superiore a 50.000 euro); il delitto è oggi perseguibile d'ufficio ed è stata abrogata la previgente causa di non punibilità in caso di utilità indebita di modesta entità.

Si tratta di una norma che, a differenza del paragrafo 10 UWG, si applica a qualsiasi attività economica, anche non esercitata in regime concorrenziale e a prescindere dalla produzione di utili, quindi anche al settore *non profit*; ciò che conta è che il dipendente di una qualsiasi entità del settore privato riceva un'utilità non dovuta o ne accetti la promessa, secondo lo schema della corruzione propria antecedente.

Quanto al bene giuridico tutelato, sono sorti contrasti nella dottrina austriaca.

Sembrerebbe innanzitutto esclusa una finalità della norma di natura strettamente patrimonialistica, soprattutto a causa della già ricordata abrogazione della causa di non punibilità in caso di modesto vantaggio ottenuto dal dipendente corrotto.

Secondo un orientamento, la norma avrebbe una chiara matrice lealistica e sarebbe espressione di una tendenza, presente anche nelle altre codificazioni europee, a divergere dall'obiettivo, pur professato dalla Decisione quadro, di tutelare la concorrenza. Il legislatore austriaco avrebbe quindi deciso di anticipare la tutela penale, privilegiando non l'offesa a un bene giuridico determinato, ma la repressione di comportamenti moralmente riprovevoli, in questo caso l'infedeltà nelle relazioni di lavoro private. Ad avviso di questa dottrina, quindi, il reato non sussisterebbe qualora l'utilità non dovuta fosse trasferita dal sottoposto al datore di lavoro e quest'ultimo potrebbe in ogni caso, prestando il proprio consenso, privare il fatto del carattere illecito. Gli interessi ulteriori rispetto alla fedeltà tutelati dalla norma sarebbero, secondo una voce critica, «alquanto vaghi e secondari» e in questo senso si rischia di utilizzare il diritto penale come «istanza moralizzatrice»²⁵⁹. L'interpretazione in senso fiduciario sembra però troppo restrittiva, dal momento che il paragrafo 309 è strutturato in modo differente dai modelli lealistici classici esaminati nei paragrafi precedenti, che richiedevano espressamente il nascondimento della tangente al datore di lavoro.

Appare pertanto più ragionevole l'interpretazione secondo la quale la norma in commento avrebbe un carattere misto, tutelando al contempo la concorrenza e il rapporto di fiducia col datore di lavoro. Questa tesi fa leva sui lavori preparatori della riforma del 2012 e anche sulla clausola di sussidiarietà contenuta nel paragrafo 10 UWG, per il quale esso non si applica se il reato è punito con pena più severa da altre disposizioni di legge, fra le quali rientra senza dubbio il paragrafo 309. L'adesione alla teoria "mista" avrebbe peraltro delle conseguenze di non poco momento, in quanto l'eventuale consenso dell'imprenditore non potrebbe privare il fatto del suo carattere illecito, salvo che il comportamento non sia stato approvato a priori da codici di condotta aziendali o rientri nella facoltà concesse dalla legge.

Secondo un'ultima tesi, più progressista, la norma sarebbe incentrata sulla correttezza delle relazioni commerciali e sarebbe la dimostrazione di una sensibilità del legislatore austriaco anche verso un ravvicinamento fra corruzione pubblica e privata²⁶⁰. Una simile

²⁵⁹ HELFER, *La lotta alla corruzione: riflessioni dall'esperienza germanica e austriaca*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, fasc.3, p. 481 ss.

²⁶⁰ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 295-298.

interpretazione, però, toglie qualsiasi spazio applicativo al paragrafo 10 UWG, in virtù della pena più mite e della clausola di sussidiarietà.

Quanto alla compatibilità del paragrafo 309 con gli obblighi eurounitari, la Commissione Europea, nonostante nel *Report* del 2011 al Consiglio e al Parlamento sull'attuazione della Decisione quadro avesse evidenziato alcune perplessità riguardo alla punibilità degli intermediari e al fatto che la norma non sembra sanzionare espressamente chi ricopre ruoli direttivi, menzionando solo il dipendente e l'agente, nel successivo *EU anti-Corruption Report* del 2014²⁶¹ dà atto all'Austria di avere trasposto la Decisione quadro nel 2008 e di avere apportato modifiche nel 2012, ponendosi così in linea col diritto europeo. È chiaro però che la conformità può sussistere soltanto se tra gli agenti e i dipendenti si intendono anche i dirigenti apicali, mentre l'imprenditore non rientra comunque fra i soggetti punibili, peraltro in linea con le altre codificazioni europee.

Oggi l'Austria presenta dunque un sistema composito nel contrasto alla corruzione privata. All'originario paragrafo 10 UWG del 1923, che nonostante le esclusive finalità pro-concorrenziali evidenziate sopra sembra avere uno spazio di applicazione molto ridotto a causa della mitezza della pena e della clausola di sussidiarietà, si affiancano i paragrafi 153a e 309 del codice penale.

Il paragrafo 309, per la tecnica normativa e le pene più severe previste, oltre che per la *ratio legis* (dare attuazione alla Decisione quadro) è pertanto la norma deputata a reprimere i fatti di corruzione privata nell'impresa, mentre il precedente paragrafo 153a, comunque più interessante ai fini dello studio, può meglio adattarsi ai rapporti economici definiti da mandato "puro", quindi al di fuori di attività economiche organizzate.

8. Brevi riflessioni conclusive sui modelli privatistici.

Come abbiamo visto, il modello patrimonialistico e quello lealistico presentano forti similitudini, che sembrano giustificare la scelta di trattarli unitariamente.

I punti di contatto sono notevoli, se si considera che quello patrimonialistico può essere configurato come fattispecie di pericolo (es. paragrafo 153a del codice penale austriaco), per cui la tutela è anticipata ad un momento antecedente alla lesione effettiva del patrimonio,

²⁶¹ Cfr. pag.4. Il rapporto è consultabile sul sito ec.europa.eu.

che peraltro è protetto, seppur mediatamente, anche dal modello lealistico, a meno di non volere sanzionare la violazione della fedeltà solo in quanto comportamento immorale.

In entrambi i casi il datore di lavoro può acconsentire al *pactum sceleris*, richiedendosi però nel modello patrimonialistico “puro” che l’utilità indebita venga a lui trasferita.

Se la sanzione penale nei confronti del corrotto è giustificata, più complicato pare invece comprendere la punibilità del corruttore, che a ben vedere non ha nei confronti dell’imprenditore alcun obbligo di fedeltà o di tutela del patrimonio; non potendo, nell’ottica dei modelli privatistici, avere rilievo il danno alla concorrenza, sembra cogliere nel segno l’opinione di chi la fonda sul fatto che egli prende parte alla condotta del corrotto²⁶² e il più delle volte ne costituisce anzi il determinante.

La punibilità del corruttore riposa dunque sui principi in materia di concorso di persone piuttosto che sul bene giuridico tutelato; nulla vieta peraltro, e il richiamato paragrafo 153a lo dimostra, che la pena si applichi al solo corrotto o che il trattamento sanzionatorio sia differenziato (più grave per il corrotto), come accade in Portogallo.

Da quanto detto sin qui risultano adesso chiari i motivi per i quali si può verificare il fenomeno, della fusione dei paradigmi patrimonialistico e lealistico in fattispecie sincretiche, com’è il caso della previgente infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità²⁶³, che sarà per ragioni sistematiche esaminata nel capitolo dedicato all’Italia²⁶⁴.

Nel prossimo capitolo sarà invece affrontato il modello “unitario” nel contrasto alla corruzione privata, con particolare riguardo alla Gran Bretagna; esso costituisce infatti una forma intermedia fra quelli “privatistici”, già trattati, e quelli “pubblicistici”.

²⁶² DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione*, op. cit., p. 60.

²⁶³ HEINE, *Comparative analysis*, op. cit., p. 614. Cfr. Capitolo I par. 16.

²⁶⁴ Cfr. Capitolo V par.2.

CAPITOLO III

LA CORRUZIONE PRIVATA NEL MODELLO UNITARIO

SOMMARIO 1. Introduzione al modello unitario. - 2. Gli albori del modello unitario in UK: l'Act del 1906. - 2.1. Il *Prevention of Corruption Act* del 1916 e la parziale rottura del modello unitario. Le ragioni della riforma delle norme penali anticorruzione. - 2.2. Il lungo cammino verso il *Bribery Act*: viene mantenuto e rafforzato il modello unitario. - 2.3. Le principali fattispecie del *Bribery Act*: l'impostazione descrittiva, i concetti di *improper performance* e di *relevant function*. Le pene edittali. - 2.4. Le scelte di fondo del *Bribery Act*: il parziale abbandono del modello agente-principale. Un approccio pragmatico ed eclettico. - 2.5. Analisi di tre aspetti attinenti alla *private bribery* in UK: *corporate hospitality*, *facilitation payments* e *commission payments*. - 2.6. Considerazioni finali sul *Bribery Act*: un approccio teorico rigoroso stemperato nella pratica. - 3. Il modello unitario svedese e il peculiare stato sociale scandinavo. - 4. Conclusioni sui modelli unitari: limiti e pregi.

1. Introduzione al modello unitario.

Nel modello unitario la corruzione pubblica e quella privata sono disciplinate nel medesimo testo normativo o, come nel caso della Finlandia, in norme differenti ma di identico tenore.

Nella parte finale del capitolo precedente²⁶⁵ esso è stato definito intermedio fra quelli privatistici e pubblicistici: questa considerazione sembra giustificata dal fatto che, come si vedrà, in relazione alla corruzione privata essi tutelano molteplici interessi, di natura pubblica (il mercato, i consumatori, l'ambiente) e privata (la correttezza delle relazioni fra dipendente e datore di lavoro).

Modelli unitari sono presenti oggi in Gran Bretagna, Svezia, Finlandia e Ungheria; saranno esaminati i primi due, con particolare riguardo al Regno Unito. Esso, infatti, col *Bribery Act* del 2010 ha adottato una legislazione che, seppur diversa dalle codificazioni

²⁶⁵ Cfr. par.8.

continentali, è di grande interesse; dal momento che la corruzione privata costituisce illecito penale sin dal 1906, un *excursus* storico non solo è interessante, ma è anche necessario per comprendere le ragioni della criminalizzazione e le scelte di fondo della riforma del 2010.

Concluso il discorso sul Regno Unito, sarà dedicato un paragrafo alla descrizione e al commento della legge svedese, che costituisce espressione della modalità in cui lo stato sociale si è evoluto in quel Paese.

Prima di iniziare occorre premettere che l'analisi sarà condotta con riferimento, per quanto possibile esclusivo, alla corruzione privata, tralasciando gli aspetti inerenti a quella dei pubblici funzionari, che pure è ricompresa negli stessi testi normativi.

2. Gli albori del modello unitario in UK: l'Act del 1906.

Prima della riforma del 2010, il diritto penale inglese in materia di corruzione si presentava stratificato, in quanto frutto di norme adottate in periodi storici differenti. Le norme scritte di maggior rilievo erano il *Public bodies corrupt practices act* del 1889, il *Prevention of corruption act* del 1906 e il *Prevention of corruption act* del 1916.

La legge del 1889 aveva un ambito applicativo molto ristretto, in quanto si riferiva unicamente ai dipendenti delle contee, degli enti locali e delle altre amministrazioni nominate espressamente. Esso fu introdotto nel momento in cui una commissione appositamente nominata scoprì pratiche corruttive commesse in seno al *Metropolitan Board of Works* che, a seguito di tangenti ricevute dai suoi membri, era venuto meno al compito di vendere degli immobili attraverso una procedura di *public competition*; in alcuni casi gli acquirenti risultarono essere dei prestanome degli stessi membri del *Board*²⁶⁶.

Come si vede, al centro delle preoccupazioni del legislatore del tempo non c'era soltanto l'onorabilità dei pubblici funzionari, al contrario della tradizionale impostazione della *Common Law* (cfr. *infra*), quanto invece la corretta gestione delle risorse economiche, circostanza che avrebbe in seguito favorito la nascita del "modello unitario" nel contrasto alla corruzione.

Il Parlamento, su iniziativa di Sir Randolph Churchill che presentò una mozione nel 1888, approvò l'anno successivo il *Bill* che, seppur innovativo rispetto alla tradizione precedente, si presentava a giudizio dei commentatori dell'epoca poco ambizioso, in quanto

²⁶⁶ FENNEL, THOMAS, *Corruption in England and Wales: an historical analysis*, Cardiff, 1983.

non solo non riguardava la corruzione fra privati, ma non era neppure in grado di ricomprendere tutti gli impiegati pubblici. Riguardo allo scopo della norma e alla distinzione fra il settore pubblico e quello privato, paiono illuminanti le parole dello stesso Churchill per il quale, mentre un ente privato ha un chiaro interesse a controllare i propri dipendenti, la stessa cosa non può dirsi per la pubblica amministrazione, in relazione alla quale vale il detto *everybody's business is nobody's business*. Lo stesso Churchill, peraltro, non escludeva a priori che il Parlamento avrebbe potuto in seguito legiferare per reprimere il fenomeno delle commissioni illecite nel settore privato, precisando però che l'obiettivo della sua iniziativa era unicamente collegato alle risultanze della Commissione di inchiesta sul *Metropolitan Board*²⁶⁷.

La norma del 1889 disponeva come segue: “*every person who shall by himself or by in conjunction with any other person, corruptly solicit or receive, for himself or for any other person, any gift, loan, fee, reward or advantage whatever as an inducement to, or reward for, or otherwise on account of and member, officer, or servant of a public body as in this Act defined, doing or forbearing to do anything in respect of any matter or transaction whatsoever, actual or proposed, in which the said public body is concerned, shall be guilty of an offence; in modo speculare era punita la corruzione attiva*²⁶⁸.”

La norma era strutturata in modo preciso con particolare riguardo all'oggetto del *pactum sceleris*; i termini *gift, loan, reward, fee, advantage* mostrano la volontà del legislatore di non lasciare scoperto nessun aspetto e con *reward* si intendeva tra l'altro sottolineare che l'utilità poteva essere corrisposta anche dopo il compimento dell'azione o dell'emissione da parte del soggetto qualificato.

Come si è detto sopra, lo stesso proponente era consapevole del fatto che fenomeni corruttivi degni di nota si verificavano anche nel settore privato, preoccupazione condivisa anche da ampi settori del Parlamento.

A tale proposito è stato sottolineato che l'opinione a lungo consolidata per la quale in determinati posti i dipendenti non potevano ricevere pagamenti da soggetti diversi dal datore di lavoro mentre in altri questo sarebbe stato permesso, che in linea di massima rispecchiava

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ “*If any person corruptly gives or agrees to give or offers any gift or consideration to any agent as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having after the passing of this Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business...*”

la suddivisione fra pubblico e privato, incominciò a diventare più sfumata durante l'età vittoriana²⁶⁹.

Tra il 1889 e il 1906 furono presentate ben nove proposte per rendere illecito penale la ricezione di commissioni da parte del dipendente senza il consenso del datore di lavoro. Presso le corti di *equity* era peraltro già consolidato il principio per cui questa pratica costituiva illecito civile e in tal senso è significativo un procedimento giudiziario risalente al 1877, nel quale l'attore, una ditta di Bombay, lamentava che il suo agente inglese riceveva due fatture, una delle quali veniva mandata in India mentre l'altra, quella reale, era trattenuta; si trattava, evidentemente, di un documento che attestava il ricevimento da parte dello *shipping agent* di commissioni all'insaputa della ditta per la quale lavorava. Nel processo, però, molte persone di buona reputazione asserirono che questa pratica era molto diffusa, se non addirittura universale²⁷⁰.

Quanto esposto sembra indicare che le tangenti nel settore privato, perché in realtà questo erano le commissioni, nonostante per la legge fossero illecite civili quale condotta idonea a violare il rapporto di fiducia (se non anche gli interessi economici del datore di lavoro), non venivano considerate realmente disdicevoli da parte di chi le pagava e chi le riceveva, ma al più un comportamento "birichino" (*mischievous*) da tenere nascosto al datore, tanto più che venivano rilasciati addirittura dei documenti (la doppia fatturazione), comprovanti il pagamento; il che sarebbe come se oggi un fornitore che corrompe un dipendente dell'ufficio acquisti emettesse due fatture, una comprensiva della tangente e l'altra senza.

Particolare rilievo assunse nello stesso anno, il 1877, un altro procedimento sempre di natura civile, *Coe v Southern*, al quale il quotidiano *Times* diede ampio rilievo, pubblicando anche i relativi documenti²⁷¹. La stampa denunciò le pratiche poco onorevoli che spesso si verificavano nelle transazioni commerciali private, dove alcuni soggetti qualificati quali architetti, ingegneri, banchieri, avvocati, agenti di commercio, ricevevano regalie di vario genere: si andava dalle più blande *douceurs* ad utilità di maggior valore quali regali, sconti, pagamento di commissioni non dovute. Quello che a giudizio del *Times* doveva essere

²⁶⁹ ALLDRIDGE, *The UK Bribery act: the caffeinated sibling of the FCPA*, in *Ohio state law journal*, 2012, fasc.73, p. 1189.

²⁷⁰ MONTY, *Bribery, Bribery. Law and Practice*, Oxford, 2016, p. 20-21.

²⁷¹ CREW, *The law relating to Secret Commission and Bribes*, 1913.

abolito era dunque il diffuso sistema di commissioni illecite, che avrebbero potuto minare non solo la correttezza delle relazioni economiche, ma anche la prosperità del Paese.

In seguito, nel 1896, la *London Chamber of Commerce* pubblicò uno studio sul tema dove, oltre a ribadire la diffusione dei pagamenti non dovuti nelle transazioni commerciali, identificò due diverse situazioni, oltre naturalmente alla corruzione classica: la prima, per la quale chi pagava la commissione lo faceva contro voglia e magari con qualche rimorso di coscienza, nel timore che in mancanza dei donativi l'agente avrebbe preferito concludere l'affare a nome del principale con qualche altro fornitore, magari con ancora meno scrupoli, e la seconda, dove invece la dazione non avveniva spontaneamente, ma perché imposta dal richiedente, e qui si entra chiaramente nel campo dell'estorsione.

Per contrastare il fenomeno fu presentato nel 1889 dal *Lord Chief Justice* Lord Russel l'*Illicit Secret Commission Bill*, volto appunto a contrastare la pratica, giudicata "perniciosa" e non più solo "birichina", del pagamento di commissioni non dovute; la proposta fu però respinta in quanto giudicata troppo radicale dalla Camera dei Comuni e si dovette attendere il 1906 per l'approvazione di una norma che criminalizzava per la prima volta anche la corruzione nel settore privato²⁷², di seguito riportata:

“if any agent corruptly accepts or obtains, or agrees to accept to obtain, from any person, for himself or for any other person, any gift or consideration as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having after the passing of this Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business...”.

Essa si applicava indifferentemente ai settori pubblico e privato e rispetto all'*Act* del 1889 sembra dare maggior rilievo al momento corruttivo, con l'espressa menzione del favore (verso il pagatore della tangente) e dello sfavore (verso eventuali terzi); essa criminalizza in modo esplicito anche la corruzione susseguente (*done or forborne to do*), mentre la descrizione dell'utilità data o promessa appare meno precisa, risolvendosi nei termini *gift* (dono) e *consideration* (qualunque cosa abbia valore per le parti), che comunque sembrano sufficienti per comprendere donativi di qualsiasi genere.

²⁷² MONTY, *Bribery, op. cit.*, p. 18-21.

Dal lato della corruzione passiva acquistano esplicito rilievo legislativo l'*agent*, dipendente di un altro soggetto, il *principal*, ovvero persona che agisce comunque a suo nome; era dubbio se taluni soggetti, quali ad esempio i *judicial officers* e i *local councillors* potessero essere definiti agenti, ma in ogni caso sarebbero stati punibili ai sensi del *Bill* del 1889²⁷³.

Veniva anche mantenuto l'avverbio *corruptly*, che con terminologia penalistica italiana si potrebbe definire clausola di illiceità speciale; esso ha però, come vedremo nei paragrafi successivi, generato contrasti in seno alla dottrina d'oltremarina, all'esito dei quali il legislatore del 2010 l'ha espunto dal *Bribery Act*, preferendo introdurre il concetto di *improper performance*.

Riguardo alla riforma del 1906, si possono avanzare le seguenti considerazioni. Innanzitutto il legislatore britannico ha introdotto, su iniziativa della Camera dei *Lords*, a seguito di riflessioni del tutto autonome e quindi senza bisogno di sollecitazioni sovranazionali che allora neppure esistevano, una norma che sanzionava la corruzione fra privati, con pari trattamento rispetto a quella dei pubblici ufficiali. L'approvazione è stata preceduta da denunce della stampa in merito alle scorrettezze invalse nelle transazioni commerciali e dal contributo della *Chamber of Commerce* di Londra, per cui potrebbe sostenersi che la norma in parola è stata oggetto di maggiore partecipazione rispetto a quelle adottate o novellate dagli altri Paesi a oltre un secolo di distanza per dare esecuzione alla Decisione quadro eurounitaria. L'impronta della legge sembra di stampo lealista, intendendo salvaguardare la correttezza delle relazioni fra il dipendente e il datore di lavoro, anche se dal dibattito emergono le preoccupazioni per il buon andamento delle relazioni commerciali, in un'ottica almeno in parte moralizzatrice.

Inoltre come si è visto, la legge del 1906 adotta espressamente il termine "*agent*", ad indicare in modo significativo che il modello accolto nella tipizzazione del fenomeno corruttivo è proprio quello agente-principale, che nel primo capitolo²⁷⁴ è stato indicato essere il più opportuno al fine di delineare delle coordinate ermeneutiche comuni ai settori pubblico e privato.

²⁷³ In sostanza l'*Act* del 1906 non abrogava quello del 1889, per cui queste norme dovevano essere considerate in un'ottica di eterointegrazione (cfr. il paragrafo successivo).

²⁷⁴ Cfr. par.3.

2.1. Il *Prevention of Corruption Act* del 1916 e la parziale rottura del modello unitario. Le ragioni della riforma delle norme penali anticorruzione.

Con la successiva legge del 1916 (cfr. sopra) fu ampliato il novero degli enti pubblici ai quali potevano appartenere i funzionari corrotti e soprattutto fu stabilita una differenza fondamentale fra la corruzione pubblica e quella privata in materia di onere della prova in capo all'accusa: mentre infatti per la prima ogni compenso offerto o accettato in relazione ad un contratto si presumeva collegato ad un fatto di corruzione, salva la prova contraria a carico dell'imputato, per quanto riguarda la seconda continuava a valere il consolidato principio per il quale la colpevolezza doveva essere provata oltre ogni ragionevole dubbio²⁷⁵.

Questa distinzione segnava una differenza significativa fra i settori pubblico e privato, per cui la tendenziale completa equiparazione era durata soltanto per dieci anni, dal 1906 al 1916²⁷⁶. Il differente riparto dell'onere probatorio sopra richiamato comportava due diverse conseguenze: innanzitutto, a valle del problema, la giuria avrebbe dovuto condannare il pubblico funzionario anche nel caso in cui avesse nutrito dei dubbi sulla tesi accusatoria, purché essa apparisse comunque verosimile. Il punto di maggior criticità, come la dottrina britannica ha avuto modo di sottolineare, risiedeva però a monte, nel senso che non sempre è facile distinguere se un soggetto ricopre un ufficio di natura pubblica o privata²⁷⁷. La dottrina in commento, per far comprendere la complessità della questione, propone l'esempio dell'incaricato di acquistare del materiale di cartoleria per un ministero o per un'impresa privata che riceve una tangente, condotte asseritamente del tutto analoghe.

A questo proposito durante i lavori che condussero al *Bribery Act*, dei quali si darà conto, la *Law Commission* ritenne, coerentemente con l'esigenza di superare la distinzione fra pubblico e privato, che gli *standards* di comportamento dei due settori dovessero essere allineati. Nonostante questa autorevole presa di posizione, vi erano per la verità altri orientamenti, per i quali in determinati casi sarebbe stato comunque necessario porre delle differenze: così, secondo quest'ultima tesi, non si sarebbe potuta equiparare la condotta di chi paga somme non dovute per ottenere un accesso preferenziale a beni quali scuola o sanità

²⁷⁵SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in *La corruzione fra privati, Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 160-161.

²⁷⁶ L'equiparazione è stata definita "tendenziale" a causa della compresenza di una pluralità di fonti (cfr. *infra*).

²⁷⁷ ALLDRIDGE, *Reforming bribery*, *Law Commission Consultation Paper 185*, in *Criminal Law Review*, 2008, fasc.9, p. 671 ss.

pubbliche a quella di chi faceva lo stesso in relazione alle prestazioni di ospedali o istituti di educazione privati, dove le regole di accesso sono meno rigide, senza contare il fatto che esistono ancora scuole finanziate dallo Stato che prevedono iscrizioni più facili per gli studenti i cui genitori fanno offerte in denaro.

Questa inversione dell'onere probatorio, peraltro, non si applicava a tutto il settore pubblico, ma unicamente alle procedure relative alla stipulazione di contratti, non essendo andate a buon fine le proposte di estenderla a qualunque attività della PA che implicasse l'esercizio di un potere discrezionale.

Per valutare fino in fondo le ragioni di questa previsione, occorre considerare che la legge del 1916 fu approvata durante la prima guerra mondiale, in piena emergenza, a seguito di uno scandalo che coinvolse le forniture di abbigliamento del Ministero della Guerra; superata la tempesta storica, essa fu comunque mantenuta, nonostante la dubbia ragionevolezza e il possibile contrasto con l'art.6 della CEDU²⁷⁸.

Altro elemento di criticità era determinato, oltre ai profili già esaminati in materia di onere della prova, dalla compresenza di diverse fonti normative; gli Statuti del 1889, 1906 e 1916 dovevano essere infatti coordinati fra loro, con le conseguenti difficoltà, e costituivano soltanto le norme principali in materia di corruzione in quanto, secondo una ricognizione, prima della riforma del 2010 erano in vigore ben 11 norme anticorruzione. Occorre anche considerare il concorso della *Common Law*, che regolava la materia prima del 1889 e continuava ad avere degli spazi applicativi, seppur incerti. Pur in un modello con caratteristiche di fondo unitarie vi erano quindi discipline settoriali, per cui l'unitarietà non poteva dirsi completa.

In questa sede si può soltanto far cenno alla *Common Law*, dal momento che essa sanzionava fatti di corruzione commessi esclusivamente da agenti titolari di un *public office*, ma è interessante riportare quella che secondo Russel on Crime era la definizione della *bribery* nella *Common Law*: « bribery is the receiving or offering any undue reward by or to any person whatsoever in a public office, in order to influence his behaviour in office, and incline him to act contrary to the known rules of honesty and integrity». Come si vede, essa accoglieva una definizione di corruzione simile a quella tradizionalmente presente nel nostro ordinamento, in quanto risulta chiaro che i beni giuridici protetti erano, per usare una

²⁷⁸ MONTY, *Bribery*, *op. cit.*, p. 24-26.

terminologia più moderna, il decoro, il prestigio, l'integrità della PA; questi riferimenti espliciti, presenti nel diritto consuetudinario, sono poi scomparsi a partire dalla codificazione del 1889, che pure riguardava i soli pubblici dipendenti. Da quel momento si è aperta quindi la strada per l'adozione, divenuta poi esplicita nel 1906, del modello agente-principale.

La *Common Law* presentava, oltre alla difficoltà di coordinamento con gli statuti successivi, dei problemi in ordine alla punibilità di determinati soggetti, come per esempio i membri del Parlamento. Secondo una opinione²⁷⁹ non sarebbe stato infatti possibile sussumere i parlamentari nella definizione di *officeholder*, mentre secondo altra tesi²⁸⁰ i privilegi a loro riconosciuti non avrebbero potuto costituire un ostacolo ad un processo per corruzione; si fa riferimento, in particolare, alle opinioni espresse nel 1992 in occasione di un procedimento nei confronti di un deputato, che si concluse però con un proscioglimento nella fase preliminare, per cui il problema non fu oggetto di approfondimento. Era peraltro pacifico che fino al 2010 le condotte corruttive commesse dai magistrati e dai ministri erano punibili esclusivamente sotto la *Common Law*.

Altro fattore che imponeva una riforma del sistema era il rapporto della corruzione con altre fattispecie di reato e per quanto riguarda la corruzione fra privati rilevano soprattutto il furto (*theft*) e l'estorsione (*blackmail*). In merito all'estorsione, l'esempio proposto in dottrina²⁸¹ riguarda il caso in cui l'agente non sia corrotto, ma minacciato da un terzo al fine di favorire una parte nel momento in cui stipula un contratto per conto del suo principale; a questo può aggiungersi il caso opposto, ovvero la condotta dell'agente che minaccia il terzo qualora non si pieghi alle sue richieste (si immagini il dipendente di un ufficio acquisti che faccia intendere a un fornitore che il mancato pagamento di una tangente comporterà la sua esclusione anche dalle future negoziazioni). Il rapporto fra corruzione ed estorsione, seppur chiaro da un punto di vista teorico, perché solo nella prima il rapporto fra i soggetti del *pactum* è paritetico, dovrà essere considerato caso per caso e la riforma del 2010 sembra lasciare inalterate le cose.

Più complesso appare invece il rapporto fra corruzione e furto, in particolare alla luce di quell'orientamento giurisprudenziale²⁸² per il quale il corrotto che riceve effettivamente quanto pattuito potrebbe essere accusato di furto, in quanto la tangente sarebbe di proprietà

²⁷⁹ SULLIVAN, *La risposta legislativa*, op. cit., p. 160.

²⁸⁰ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 12-13.

²⁸¹ Sullivan, *England and Wales*, op. cit., p. 63.

²⁸² Cfr. per esempio la sentenza *A.G. for Hong Kong v. Reid* del 1994.

del principale; in questo caso non si sta menzionando l'obbligo di risarcire il danno, che sembra scontato, ma quello di versare al datore di lavoro l'utilità ricevuta, o magari l'equivalente in denaro, qualora il prezzo della corruzione sia consistito in prestazioni di servizi, di lavoro o favori di altro genere. L'orientamento di cui si è dato conto, che pure ha destato perplessità nel mondo accademico, sembra sottendere un'opzione teorica per una nozione di corruzione secondo il modello patrimonialistico, similmente a quanto visto nel capitolo precedente²⁸³ in occasione del commento al paragrafo 153a del codice penale austriaco.

Oltre ai fattori endogeni esaminati, ai quali occorre aggiungere il problema della moralizzazione della vita pubblica, che sarà esaminato brevemente nel prossimo paragrafo, anche quelli esogeni hanno rivestito importanza nel percorso che ha condotto alla riforma del 2010.

Il Consiglio d'Europa (e in seno ad esso il GRECO) e l'OECD avevano sottolineato l'importanza che la Gran Bretagna adattasse la sua legislazione agli *standards* richiesti in materia di trasparenza e corruzione internazionale. L'OCSE, in particolare, nel 2008 aveva richiamato il Regno Unito in merito alla necessità di sanzionare i pagamenti illeciti a favore dei dirigenti di multinazionali estere e l'anno successivo la *Law Commission*²⁸⁴ e il summit del G20 tenutosi a Londra nel 2009 avevano riconosciuto che il sistema finanziario internazionale, ormai globalizzato, richiedeva una maggiore cooperazione fra gli Stati, in modo da promuovere la tutela della proprietà, l'integrità, la trasparenza, la riduzione del rischio legato allo sviluppo dei mercati finanziari. Dal canto suo, il Gruppo di lavoro dell'OECD, costituito allo scopo di vigilare sull'attuazione della Convenzione da parte degli Stati membri, rilevò che la legislazione britannica rendeva molto difficili le indagini non solo come detto sopra per i fatti di rilievo transnazionale, ma anche in materia di responsabilità di impresa; basti pensare che fino al 2002 le tangenti pagate all'estero erano fiscalmente deducibili.

Il Regno Unito comprese allora che, per non perdere la sua posizione come centro d'affari internazionale, avrebbe dovuto aggiornare gli ormai antiquati statuti in materia di

²⁸³ Cfr. par.3.

²⁸⁴ La *Law Commission* è un organo consultivo il cui contributo ha avuto grande importanza nei lavori sfociati nel *Bribery Act*.

corruzione, con particolare riguardo all'estensione extra territoriale della giurisdizione, sull'esempio degli Stati Uniti²⁸⁵.

Si può sostenere allora che all'inizio degli anni 2000 il sistema penale inglese in materia di corruzione, che pure nel 1906 si presentava estremamente innovativo con la criminalizzazione della corruzione privata, necessitava di una riforma; essa è stata accompagnata, come si dirà adesso, anche da riflessioni di carattere morale, oltre che giuridico.

Per la verità il dibattito sulle possibili riforme era iniziato sin negli anni '70, con la nomina del *Readcliff-Maud Committee*, che si occupò principalmente dei conflitti di interesse degli amministratori e dei funzionari locali, le cui proposte incontrarono però scarsa fortuna; esito simile ebbero i lavori della *Royal Commission* di poco successiva, il cui rapporto finale, conosciuto come *Salmon Report*, raccomandò nel 1976 una revisione dell'ormai antiquata legislazione in materia di corruzione, col proposito di regolamentare alcuni aspetti specifici, quali il trattamento dei membri del Parlamento colpevoli di percepire tangenti. Ampia risonanza ebbe inoltre la pubblicazione, nel maggio del 1995, della relazione della *Commission on Standards in Public Life*, meglio conosciuto come Rapporto Nolan²⁸⁶; esso, oltre a riprendere le raccomandazioni del *Salmon Report*, enfatizzando in particolare l'importanza che il Parlamento adattasse procedure che garantissero l'integrità dei suoi membri, elaborò i principi generali ai quali a suo avviso doveva essere informata la vita pubblica in Gran Bretagna: *selfesness, integrity, objectivity, accountability, openness, honesty, leadership*.

Nel corso dei lavori che sfociarono nell'approvazione del *Bribery Act* grande risonanza ebbero alcuni scandali, come per esempio quello che coinvolse la BAE Systems²⁸⁷, accusata di avere versato tangenti a dei pubblici ufficiali sauditi, conclusosi con patteggiamento e il cd. "*Rotten Parliament*", concernente invece richieste di rimborsi spese inconfidenti o fraudolente da parte di circa quattrocento membri del Parlamento; tutto ciò indicava la necessità di adottare una riforma organica in materia di corruzione.

²⁸⁵ CROPP, *The Bribery Act 2010: a comparison with the Foreign Corrupt Practices Act: Nuance v Nous*, in *Criminal Law Review*, 2010, fasc.1, p. 122 ss.

²⁸⁶ SCALIA, *La corruzione. A never ending history*, Torino, 2020, p. 350 ss.

²⁸⁷ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori nel rischio conflittuale*, Napoli, 2020, p. 297 ss.

2.2. Il lungo cammino verso il *Bribery Act*: viene mantenuto e rafforzato il modello unitario.

I lavori che condussero al *Bribery Act* furono lunghi e complessi, e si protrassero dal 1998 al 2010²⁸⁸.

Nel 1998 la *Law Commission* presentò una prima proposta (*Law Commission Report*), che prevedeva l'unificazione in un solo testo degli Statuti e delle fattispecie risalenti alla *Common Law*, mediante quattro fattispecie di corruzione, che non prendevano in considerazione le condotte commesse con minaccia o inganno: offerta o promessa di un vantaggio indebito; ottenimento o sollecitazione di un vantaggio indebito; condotta dell'agente che adempie alle proprie funzioni in modo illecito; condotta dell'agente che riceve un vantaggio illecito o che crede sia stato ottenuto in modo indebito.

La proposta era imperniata sulla violazione della relazione fiduciaria nell'ambito del modello agente-principale²⁸⁹ che come si vedrà nei paragrafi successivi fu poi superato dal *Bribery Act*; nel progetto della *Law Commission*, inoltre, il consenso del *principal* alla percezione della tangente avrebbe costituito una causa di esclusione dell'illiceità e quindi, qualora esso fosse stato accolto, la norma sarebbe stata di tipo lealistico puro, in controtendenza con gli obblighi eurounitari.

Ai fini che qui maggiormente interessano, si proponeva di mantenere il modello unitario fra settore pubblico e privato, prevedendone anzi il rafforzamento con l'abrogazione della presunzione di corruzione contenuta nell'*Act* del 1916; la *Law Commission*²⁹⁰ faceva a tal proposito notare, in consonanza con i rilievi della dottrina europea, tra cui quella italiana²⁹¹ che, a causa delle crescenti privatizzazioni e della fornitura di servizi pubblici da parte di società private, la distinzione pubblico/privato nei fatti diventa sempre meno chiara, con la conseguenza che sarebbe stato artificioso adottare due distinti testi normativi; possibile era invece, in considerazione della maggior gravità della corruzione amministrativa, adottare in concreto differenti livelli di pena pur all'interno della stessa cornice edittale.

²⁸⁸ Nelle more dei lavori è da segnalare l'entrata in vigore, nel 2001, dell'*Anti Terrorism Crime and Security Act*, che estendeva la giurisdizione del Regno Unito per i fatti di corruzione commessi dai suoi cittadini e dalle persone giuridiche stabilite, ma non agli stranieri ivi residenti.

²⁸⁹ ALLDRIDGE, *The UK Bribery Act*, *op. cit.*, p. 1192, per cui «*the bill followed the previous legislation and relied upon the principal-agent model as a precondition of bribery*».

²⁹⁰ Cfr. *Consultation Paper* n. 248.

²⁹¹ Cfr. Capitolo I par.4.

Anche parte della dottrina britannica era dello stesso avviso, sottolineando che la distinzione in parola, benché in teoria possibile, in pratica non riflette lo stato di cose oggi esistente, dove pubblico e privato si intrecciano²⁹²; secondo altro orientamento, che non è stato accolto, il disvalore della corruzione pubblica sarebbe maggiore, dovendo il soggetto qualificato rappresentarsi non solo l'illiceità della condotta, ma anche la funzione che ricopre, con la conseguenza che la scelta più razionale sarebbe stata quella di adottare due codificazioni separate anziché una sola fattispecie²⁹³. Queste riflessioni sono di estrema importanza: mentre nel 1906 la corruzione privata fu criminalizzata per contrastare il pagamento di commissioni occulte nel mondo degli affari, qui il modello viene attualizzato alla situazione esistente alla fine degli anni '90 e le crescenti privatizzazioni non sono considerate, come avviene nel resto dell'Europa, motivo per la criminalizzazione della corruzione privata con uno statuto diverso, ma fondamento del paradigma unitario.

Si proponeva inoltre di mantenere la clausola di illiceità speciale "*corruptly*", che costituiva però elemento di natura soggettivistica e fu infine espunto dalla normativa, in accoglimento dei rilievi di una Commissione congiunta di parlamentari appartenenti ad entrambe le Camere, il *Joint Committee*. Il timore era infatti che i soggetti accusati di corruzione avrebbero potuto difendersi asserendo che nel contesto di riferimento, magari caratterizzato da illegalità, la condotta contestata non era corruttiva.

I lavori procedettero però a rilento e soltanto nel 2003 il Governo presentò, sulla base delle proposte della *Law Commission* del 1998, il *Draft Corruption Bill*, che riprendeva in larga parte l'impostazione del *Report*.

Il *Draft* fu però sottoposto a numerose critiche da parte del Parlamento: si sosteneva che mancasse di chiarezza, anche con riferimento alla nozione stessa di corruzione, troppo incerta in relazione alle esigenze del mondo degli affari, poco coerente con gli obblighi sovranazionali del Regno Unito; in modo ancora più radicale si contestava la necessità di riformare la disciplina della corruzione, ma questo rilievo pare in contrasto con la già richiamata scarsa organicità della presente legislazione e con le sollecitazioni del GRECO, dell'OECD e dell'OCSE delle quali si è dato conto. Il Governo riconobbe però che almeno parte delle argomentazioni del Parlamento erano fondate: per esempio, la proposta della *Law Commission* non prendeva in considerazione i vantaggi dati a parti terze, lo svolgimento di

²⁹² GREEN, *Official and commercial bribery: should they be distinguished?* In *Modern Bribery Law*, Cambridge, 2013, p. 46 ss.

²⁹³ ALLDRIDGE, *Reforming Bribery*, op. cit., p. 678.

funzioni in modo corrotto nella speranza di ottenere una ricompensa e per di più nella corruzione fra privati la fattispecie elaborata non consentiva di perseguire fatti di corruzione commessi al di fuori di un rapporto agente-principale.

Per questi motivi l'*Home Office* aprì una fase di consultazioni terminata alla fine del 2005, dove fu tra l'altro in questione la possibile separazione fra corruzione pubblica e privata, che però non venne presa in considerazione visto il parere negativo della maggior parte dei soggetti consultati, a dimostrazione del fatto che il modello unitario poteva ormai dirsi consolidato.

Il Governo chiese allora alla *Law Commission* di presentare una nuova proposta che tenesse conto dei rilievi sopra evidenziati; anche quest'ultima aprì una fase di consultazioni, il cui esito evidenziò la necessità di elaborare un approccio coerente con le Convenzioni internazionali e con le soluzioni legislative individuate negli altri Paesi.

Il testo infine presentato, destinato a prendere il posto delle leggi preesistenti e della *Common Law*, era imperniato su due condotte offensive (*bribing and being bribed*) e prevedeva, colmando le lacune esistenti, la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e la responsabilità delle persone giuridiche per fatti di corruzione.

Fu abbandonato, come si vedrà in modo più approfondito nei paragrafi successivi, il modello agente-principale, mentre per le ragioni sopra evidenziate non era più presente la clausola "*corruptly*" e il nucleo dell'offesa divenne la "*improper performance*" nell'esercizio delle funzioni²⁹⁴, clausola molto elastica (cfr. *infra*); non era più prevista, a differenza del passato, l'autorizzazione dell'*Attorney General* per perseguire i casi di corruzione, spettando la decisione ai capi dei singoli uffici di procura. Il testo proposto fu approvato con alcune modifiche: per esempio in materia di responsabilità degli enti il presupposto divenne non più la negligenza dei dirigenti, ma la mancata adozione di "procedure adeguate", nozione che a giudizio del Governo doveva comunque essere interpretata in modo flessibile, tenendo conto delle caratteristiche del singolo ente, del mercato e dell'area geografica in cui esso opera.

L'iter finale richiese tempi brevi, in considerazione del fatto che le questioni di rilievo erano state risolte negli anni precedenti col dibattito di cui si è dato conto, cosicché la prima

²⁹⁴ La *Law Commission* aveva a tale proposito raccomandato «a version of a bribery offence that turned upon the existence, among other things, of prior legal duties (to act impartially, to act in good fith, or to be in a position of trust)» (cfr. ALLDRIDGE, *The UK Bribery Act, op cit.*, p. 1198).

lettura nella *House of Lords* ebbe luogo nel novembre del 2009 e già nell'aprile del 2010 la legge fu promulgata col *Royal Assent*, mentre l'entrata in vigore fu posticipata al primo luglio del 2011, evidentemente per dare modo agli operatori di "metabolizzare" le novità.

Come accennato all'inizio del secondo paragrafo, il *Bribery Act* sostituisce gli Statuti e la *Common Law* e adotta in modo definitivo il modello unitario fra corruzione pubblica e privata, superando quindi la presunzione di colpevolezza in determinati casi di corruzione nel settore pubblico, non più attuale e comunque di difficile compatibilità con le garanzie stabilite dalla CEDU; tale modello viene anzi rafforzato, vista l'abrogazione delle previgenti discipline particolari.

A questo punto saranno esaminate le fattispecie del *Bribery Act*, con l'avvertenza che il tema della responsabilità dell'ente sarà affrontato nel capitolo relativo a corruzione privata e impresa²⁹⁵, mentre non verrà trattata la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, aspetto importante mediante il quale il Regno Unito si è allineato agli *standards* internazionali, ma che esula dal tema del presente lavoro.

2.3. Le principali fattispecie del *Bribery Act*: l'impostazione descrittiva, i concetti di *improper performance* e di *relevant function*. Le pene edittali.

Lo schema seguito nella tipizzazione del reato è quello della fattispecie unilaterale, dal momento che sono disciplinate in modo distinto corruzione attiva e passiva, secondo l'opzione più diffusa a livello internazionale. L'approccio seguito è stato denominato dalla dottrina come "casistico"²⁹⁶, perché viene adottata una formulazione discorsiva²⁹⁷, diversamente dalle altre codificazioni dell'Europa continentale e anche dalla precedente formulazione degli Act del 1889 e del 1906 riportati sopra.

Il *Bribery Act* è essenzialmente imperniato sulle Sezioni 1 e 2.

La Sezione 1 descrive la corruzione attiva, che a sua volta comprende i "casi" 1 e 2.

Per il caso 1 il soggetto è colpevole se dà, offre o promette un vantaggio economico o di altra natura ad un'altra persona "*to induce...to perform improperly a relevant function or*

²⁹⁵ Cfr. Capitolo VI par. 8.

²⁹⁶ MACRI', *La corruzione fra privati (art.2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Criminalia*, 1 aprile 2019, p. 1 ss.

²⁹⁷ LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir.pen.cont.*, 10 ottobre 2014, p. 27, ha fatto riferimento a vere e proprie « fattispecie fiume ».

activity (corruzione antecedente) *or to reward for the improper performance*” (corruzione susseguente); il caso 2 sanziona invece la situazione in cui il corruttore sa o crede che l'accettazione del vantaggio costituisce essa stessa la *improper performance* (a differenza del caso 1 l'onere della prova per l'accusa è semplificato, in quanto essa non deve provare “*the specific intent*” perseguito dalle parti²⁹⁸ e quindi sotto il caso 2 possono essere sanzionati casi di corruzione sia per atto contrario al dovere d'ufficio sia per atto d'ufficio. Si è fatto riferimento al caso 2 come *compromise of position*, nel senso che l'utilità viene corrisposta a chi ricopre un determinato ufficio per influenzarlo²⁹⁹). Il vantaggio indebito, peraltro, può essere promesso o offerto, ma solo nel caso 1, anche ad un soggetto diverso da quello che esercita la *relevant function*: sembra quindi che nel caso di corruzione attiva il *Bribery Act* non preveda il caso del pagamento a soggetti diversi da chi esercita la funzione e quindi può dirsi che sotto questo aspetto il progetto presentato dalla *Law Commission* è stato corretto soltanto parzialmente. Nei casi 1 e 2, inoltre, il corruttore può effettuare la promessa o il pagamento anche tramite terze parti.

La Sezione 2, che descrive la corruzione passiva, consta invece di quattro casi (n.3,4,5,6).

Il caso 3, il solo in cui è presente l'elemento soggettivo dell'*intention*, sanziona chi accetta o riceve il vantaggio con l'intesa di compiere “*improperly*” la funzione. Nel caso 4 il corrotto è sanzionato se la ricezione o la promessa costituiscono di per sé la *improper performance*, per cui l'accusa non deve provare, a differenza del caso precedente, l'*intention*, perché il disvalore della condotta illecita è assorbito dall'accordo, dalla richiesta o dell'accettazione; al caso 4 vengono quindi sussunti tutti quei casi nei quali il soggetto, che sarebbe tenuto ad agire secondo buona fede, imparzialità o fedeltà, accetta somme non dovute indipendentemente dal fatto che ad esse facciano seguito condotte illecite, nonché i cosiddetti *facilitation payments*, tematica quest'ultima che sarà discussa nelle pagine seguenti perché afferente anche alla corruzione privata. Il caso 5 punisce invece la corruzione passiva susseguente: qui l'*intraneus* accetta la tangente come ricompensa per avere messo in atto la *improper performance*. Nel caso 6, invece, l'*improper performance* viene messa in atto in conseguenza, o anche soltanto in previsione, del ricevimento di una tangente da parte dell'agente, come ad esempio nel caso in cui il *recipient*, dipendente di un'azienda, accetti

²⁹⁸ MONTY, *Bribery*, *op. cit.* p. 42.

²⁹⁹ LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione*, *op. cit.*, p. 14.

una proposta contrattuale fatta da un'altra persona perché si aspetta di essere segretamente remunerato da questa.

In tutti i casi della Sezione 2 è indifferente che l'utilità venga data al corrotto o ad un'altra persona, come pure l'identità del beneficiario finale, purché naturalmente ciò avvenga col consenso del corrotto. La corruzione passiva è quindi tipizzata con una casistica ancora più ampia di quella attiva, nell'intento evidente di non lasciare impunita alcuna *improper performance* da parte del soggetto qualificato e tal proposito parte della dottrina³⁰⁰ rileva che in realtà di corruzione passiva non si tratterebbe, dal momento che in tutti e quattro i casi esaminati fra le condotte tipizzate vi è anche la "*request*" da parte dell'*intraneus*, che fa riferimento ad una condotta attiva; questa critica è però eccessiva, dal momento che corruzione attiva e passiva sono più che altro nozioni convenzionali, utilizzate ormai in molti ordinamenti, per indicare rispettivamente l'illecito del *payer* e quello del *recipient*, fermo restando che quest'ultimo non sempre resta in attesa della proposta criminosa, ma può essere lui stesso a prendere l'iniziativa.

Dal momento che la corruzione è un reato proprio, il *Bribery Act* esprime questo concetto facendo riferimento al fatto che l'*intraneus* deve esercitare, come si è accennato sopra, una *relevant function* che, coerentemente col modello unitario, può essere di natura pubblica o privata, ad esclusione dei rapporti in ambito familiare che non hanno rilevanza, come per esempio il caso di scuola del padre che ricevesse un pagamento per violare il rapporto di fiducia con i figli. La Sezione 3 specifica infatti che deve trattarsi di funzioni *of a public nature*, o di attività *connected with a business*, compreso l'esercizio di una professione, o *performed in the course of a person's employment* (è il classico caso del dipendente che viola il rapporto di fiducia verso il datore di lavoro) o *by or on behalf of a body of persons* (trattasi della responsabilità di impresa).

Circa la distinzione fra le funzioni pubbliche e private, che come si vedrà conserva ancora rilievo in relazione alla commisurazione della pena, il dettato normativo non fa chiarezza, seguendo le indicazioni della *Law Commission* per cui non sarebbe possibile una definizione a priori, ma bisognerebbe vedere in concreto le modalità con le quali di volta viene prestato un determinato servizio, in considerazione anche del fatto che esse, a seconda dei diversi contesti locali, potrebbero essere diverse; la preoccupazione evidenziata durante

³⁰⁰ BEAN, MAC GUIDWIN, *Expansive reach- useless guidance: an introduction to the UK Bribery Act 2010*, in *Indiana Comparative Law Review*, 2012, p. 325 ss.

i lavori era nel senso che un'eventuale definizione di funzione pubblica avrebbe potuto portare ad esiti restrittivi, escludendo magari i membri delle assemblee elettive. Parte della dottrina ha patrocinato un orientamento estensivo, facendo riferimento a tutte quelle attività collegate alla promozione dei diritti fondamentali³⁰¹, mentre la giurisprudenza, nel caso *Weaver v London and Quadrant Housing Trust* (2010), ha indicato quali criteri il finanziamento pubblico, i poteri regolatori e la prestazione di un servizio di pubblico interesse. La stessa *Law Commission*, negli "*Issues Papers*" relativi alla possibile riforma della fattispecie di *misconduct in a public office*, fattispecie di *Common Law* per certi versi affine alla corruzione applicabile solo ai pubblici ufficiali, è sembrata rimeditare l'orientamento espresso in occasione del *Bribery Act*, suggerendo, secondo un approccio oggettivo, che debbano essere ritenuti servizi pubblici quelli erogati dallo Stato o per conto dello Stato secondo criteri di imparzialità, fedeltà e buona fede, purché vi sia una normativa che li qualifichi come tali³⁰².

Questo dibattito fa comprendere come anche in un modello unitario di tipizzazione della corruzione si ponga il problema della distinzione fra funzioni pubbliche e private, seppur in modo meno pregnante rispetto agli altri ordinamenti, tanto è vero che ancora oggi nel *Bribery Act* non vi sono né una definizione generale della funzione pubblica, come ad esempio negli artt.357 e 358 del codice penale italiano, né un'elencazione casistica.

La *relevant function*, per essere tale, oltre ai requisiti sopra evidenziati deve rispettare una o più delle seguenti condizioni: che nell'esercizio dell'attività venga richiesta la buona fede, o l'imparzialità o che vi sia a monte una posizione di fiducia.

Si tratta, come si specificherà nel paragrafo successivo, di nozioni molto ampie, che si adattano ai settori pubblico e privato, tanto è vero che sembra impossibile identificare attività che non debbano essere espletate in buona fede; nonostante nel corso delle consultazioni alcune opinioni avessero ritenuto pleonastico il riferimento alla buona fede, in quanto già assorbita dai requisiti di imparzialità e fiducia, il legislatore l'ha opportunamente inserita quale clausola di chiusura. Inoltre, non è necessario che la funzione, per essere rilevante, sia

³⁰¹ CLAYTON, TOMLINSON, *The law of human rights*, Oxford, 2009.

³⁰² SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 376 ss.

esercitata in Gran Bretagna, purché comunque il soggetto o l'impresa abbiano con essa un collegamento³⁰³.

Una parte della dottrina³⁰⁴ ha criticato questo aspetto, parlando di un possibile "imperialismo morale" da parte del Regno Unito, che attraverso un'applicazione del *Bribery Act* oltre i suoi confini vorrebbe imporre i suoi *standards* etici anche in Paesi che seguono costumi diversi³⁰⁵. Questi rilievi sembrano valere per la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, laddove l'intera condotta venga tenuta all'estero e per la *private bribery*, nonché per la responsabilità di impresa, anche per le condotte delle società controllate da quelle britanniche; di conseguenza, almeno in teoria, la lotta alla corruzione acquisisce un respiro globale, cosa che rende il *Bribery Act* una codificazione particolarmente ambiziosa in materia di corruzione privata.

Riguardo poi all'*improper performance*, concetto attorno al quale ruota tutta la codificazione e che può costituire alternativamente l'oggetto dell'accordo o la ricezione della tangente (cfr. sopra, dove si è spiegato che le Sezioni 1 e 2 criminalizzano anche i casi in cui quest'ultima costituisce di per sé stessa la *improper performance*), ai sensi della Sezione 4 essa può essere definita come una "*breach of expectation*" rispetto al comportamento che dovrebbe tenere una persona obbligata ad esercitare funzioni di natura pubblica o privata secondo i già menzionati criteri di imparzialità, fiducia e buona fede; tutto ciò deve essere considerato anche in relazione a possibili conflitti di interesse, nel momento in cui lo stesso soggetto esercita più attività.

Nel valutare la responsabilità occorre seguire un metro di giudizio correlato alla condotta che si aspetterebbe una persona ragionevole nel Regno Unito; anche qui il criterio prescelto è di natura oggettiva, dal momento che non possono assumere rilievo né le opinioni personali dei giudici (il modo in cui si sarebbero comportati loro stessi al posto dell'agente), né le

³⁰³ La Sezione 12 del *Bribery Act*, riguardo alla giurisdizione, stabilisce infatti che essa sussiste anche se la condotta attiva o omissiva ha luogo all'estero, purché il soggetto sia un cittadino, un residente nel Regno Unito, una società britannica o scozzese.

³⁰⁴ BEAN, MAC GUIDWIN, *Unscrewing the inscrutable*, in *Indiana Comparative Law Review*, 2013, fasc. 1. p.78.

³⁰⁵ In senso opposto, invece, il *Bribery Act* è stato considerato un modello dal quale gli USA dovrebbero trarre ispirazione per future riforme negli strumenti di contrasto alla corruzione (SAGLIBENE, *The U.K. Bribery Act: a benchmark for anti-corruption reform in the United States*, in *Transnational law and contemporary problems*, 2014, fasc.23, p. 199 ss.).

Altra dottrina ha poi affermato, in modo più sfumato, che il *Bribery Act* ha sotto questo aspetto diverse caratteristiche: accanto all'esclusivismo (la legge si fa portatrice dei costumi morali britannici, intesi in senso assoluto), vi sono anche l'inclusivismo e il pluralismo, nel senso che vengono prese in considerazione le leggi scritte degli altri Paesi, anche se hanno una diversa base morale, con la conseguente necessità della reciproca assistenza legale (LEE, *Exclusivism, inclusivism and pluralism in the UK Bribery act 2010*, in *Journal of international trade & policy*, 2013, vol.2, fasc.2, p. 169 ss.).

prassi seguite nel mondo degli affari, perché ciò equivarrebbe a tenere in considerazione eventuali pratiche corrotte diffuse in alcuni settori. La locuzione *improper performance* è molto ampia e lascia al giudicante discrezionalità nel valutare quali sono gli obblighi ai quali il soggetto doveva attenersi; nel paragrafo successivo si spiegherà che questa scelta è stata voluta non solo per ampliare le potenzialità applicative del *Bribery Act*, ma anche per cercare di abbandonare, in un tentativo riuscito solo parzialmente, il modello agente-principale.

Il punto maggiormente critico dell'*improper performance* è correlato al fatto che, laddove soggetti legati al Regno Unito tengano la condotta all'estero, eventuali usi e costumi locali che la consentano non possono assumere rilievo scriminante; saranno infatti tenute in considerazione soltanto leggi scritte e decisioni giudiziarie pubblicate. Questo costituisce un problema per le imprese che operano all'estero, specialmente per quelle di piccole e medie dimensioni, che difficilmente possono sostenere le spese per consulenza legali su ciò che è consentito *in loco*³⁰⁶; una condanna per corruzione che non tenga conto delle leggi vigenti all'estero non dovrebbe comunque essere possibile. Ciononostante è innegabile, in consonanza con la già richiamata aspirazione globale del *Bribery Act*, che si cerchi in qualche modo di esportare gli *standards* britannici nel resto del mondo; se la cosa appare meno problematica in materia di corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, che ovunque costituisce reato, lo stesso non può dirsi per la corruzione privata, dal momento che è innegabile vi siano contesti con regole, anche non scritte, molto diverse da quelle vigenti oltremarina. Per questi motivi, una già citata dottrina scettica sull'impostazione dell'*Act*, a dire degli Autori "imperialistica", ha affermato che considerare lecite solo le condotte ragionevoli nel Regno Unito costituirebbe «a reasonableness test»³⁰⁷.

Queste critiche, seppur eccessive, contengono un fondo di verità in relazione alla *private bribery*; a tale proposito il *Serious Fraud Office (SFO)* con particolare riguardo alla responsabilità d'impresa, ha espresso soddisfazione riguardo alla possibilità di indagare e perseguire anche le società registrate all'estero, purché svolgano parte dei loro affari in Gran Bretagna, minimizzando anzi i possibili rischi di conflitti di giurisdizione con le autorità di altri Paesi³⁰⁸.

Per quanto riguarda le pene edittali per le persone fisiche, il *Bribery Act* alla Sezione 11 prevede due distinti procedimenti. Il primo, la *summary conviction*, può avere quale esito la

³⁰⁶ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 47; Cfr. anche *The Bribery Act 2010 Guidance*, p. 10.

³⁰⁷ BEAN, MAC GUIDWIN, *Unscrewing the inscrutable*, op. cit., p. 79.

³⁰⁸ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 49.

condanna alla reclusione fino a dodici anni e una multa; nel secondo, la *conviction on indictment* preceduta da un rinvio a giudizio, che prevede un processo con giuria davanti a una *Crown Court*, la pena massima è di dieci anni di reclusione oltre alla multa.

Come si vede, il trattamento sanzionatorio per la corruzione privata è decisamente più severo rispetto a quanto previsto dalla Decisione quadro eurounitaria (almeno tre anni di reclusione) e in generale dalle legislazioni degli altri Stati europei; ciò è conseguenza dell'adozione del modello unitario, dal momento che la cornice edittale è la stessa per la corruzione pubblica e per quella privata.

Il dettato normativo deve però essere integrato con le *Sentencing Guidelines*, delle tabelle vincolanti edite da un apposito organo, il *Sentencing Council*; esse stabiliscono che in generale la pena base deve essere comminata in considerazione della colpevolezza dell'imputato e dell'offensività della condotta, e prevedono tre diversi gradi di responsabilità denominati dal più grave al meno grave A, B, C.

Le *Guidelines* in materia di corruzione attualmente in vigore, pubblicate nel 2014, stabiliscono che i giudici devono ritenere particolarmente gravi (sinonimo di *high culpability*) le seguenti condotte: corruzione di un *senior official* o di un *law enforcement officer*, esercizio di un ruolo direttivo in un gruppo o in un'impresa, complessità nella pianificazione del reato, abuso di una significativa posizione di fiducia o di responsabilità, durata della condotta illecita, aspettativa di conseguire un notevole guadagno economico o politico. Per quanto riguarda il danno (*harm*), le condotte maggiormente offensive sono quelle che comportano gravi effetti nei confronti dei terzi, seri danni ambientali, notevoli guadagni per l'autore o perdite per altri soggetti, danni consistenti per il Governo, gli affari o i servizi pubblici³⁰⁹.

Dalla disamina dei criteri esposti è chiaro che risulta maggiormente probabile che pene più elevate vengano in concreto comminate nei casi di corruzione di pubblici ufficiali, mentre per quanto concerne la corruzione privata queste paiono possibili solo in un numero limitato di casi, connotati dalla particolare gravità del danno. Di conseguenza può dirsi che anche il *Bribery Act*, letto in combinato disposto con le *Guidelines*, prevede nei fatti un diverso trattamento sanzionatorio fra corruzione pubblica e privata, nonostante la disciplina

³⁰⁹Le *Guidelines* sono pubblicate sul sito www.sentencingcouncil.org.uk

sia la medesima, per cui in concreto non risulta affatto indifferente valutare la natura pubblicistica o meno dell'attività esercitata dal corrotto (cfr.sopra).

Descritti gli aspetti più importanti, è ora necessario, per meglio comprendere l'impostazione della legge, individuare i beni giuridici da essa tutelati; per farlo sarà necessario ripercorrere gli orientamenti emersi nel corso dei lavori, che hanno infine portato a una (parziale) rottura rispetto al passato.

2.4. Le scelte di fondo del *Bribery Act*: il parziale abbandono del modello agente-principale. Un approccio pragmatico ed eclettico.

Riguardo ai beni giuridici tutelati, occorre premettere che il lungo lavoro della *Law Commission* ha interessato questioni rilevanti soprattutto dal punto di vista pratico, mentre sul piano teorico il dibattito è stato forse limitato dalla scelta di mantenere il previgente approccio unitario, come si è visto mai stata veramente in discussione; una chiara "scelta di campo" in una determinata direzione (tutela della concorrenza, delle relazioni fra dipendente e datore di lavoro, del decoro della PA, della moralità delle relazioni fra i soggetti, del patrimonio) avrebbe probabilmente reso molto problematica la redazione di un testo che comprendesse corruzione pubblica e privata.

La dottrina inglese³¹⁰ ha sottolineato che la *Law Commission*, nel corso dei lavori, si è trovata a scegliere fra cinque diverse opzioni.

La prima è il classico modello agente-principale, fondato sulla tutela delle relazioni fiduciarie fra dipendente e datore di lavoro.

Il secondo modello, denominato «*improper payment model*», postula ugualmente la rottura della fiducia, ma in questo caso la tangente non è frutto di una scelta spontanea del corruttore, ma è determinata da un comportamento prevaricatore del corrotto e allora la fattispecie sarebbe simile all'estorsione, con le problematiche accennate nei paragrafi precedenti.

Il terzo modello, «*improper influence model*», considera determinante l'intenzione con la quale il pagamento è stato fatto, cioè corrompere l'agente. Esso, a prima vista di semplice lettura, fornisce una solida base all'incriminazione della corruzione attiva, ma non può dirsi altrettanto riguardo a quella passiva, nel caso in cui il dipendente riceva l'utilità col consenso

³¹⁰ ALLDRIDGE, *Reforming Bribery, op. cit.*, p. 678-679.

del principale, perché allora la sua condotta non potrebbe definirsi illecita; vi è poi la difficoltà di comprendere quando un soggetto abbia agito in modo scorretto. Si tratta inoltre di un orientamento di natura soggettivistica, non fatto proprio dal *Bribery Act*, che come si è visto ha anzi cercato, mediante l'espunzione dell'avverbio "*corruptly*" dalle fattispecie, di eliminare ogni traccia di soggettivismo e di ancorare la condotta a parametri oggettivi. Questo concetto è stato ben espresso dal Governo durante il dibattito parlamentare, nel quale il sottosegretario di Stato Lord Bach ha sottolineato che la persona che riceve l'utilità è nella migliore posizione possibile per capire ciò che ci si aspetta da lui e non è possibile che si sottragga alla responsabilità penale asserendo la mancanza del dolo (*mens rea*); se invece fosse possibile disconoscere i propri obblighi avanzando la giustificazione della loro ignoranza sorgerebbe una zona grigia, proprio ciò che il *Bribery Act* intende evitare³¹¹.

Il quarto modello, «*improper conduct model*», si basa sulla condotta di chi riceve un pagamento allo scopo di contravvenire ad un dovere; chi lo effettua, dall'altra parte, deve essere ben consapevole che l'utilità è finalizzata a convincere il *recipient* a violare un dovere legale.

Il quinto e ultimo modello è il «*market model*», che sarà oggetto di analisi nel prossimo capitolo e che postula la tutela di interessi ulteriori rispetto al patrimonio e alle relazioni di fiducia.

Come si vede, sono state prese in esame tutte le possibili opzioni tranne una, ovvero il modello patrimonialistico puro.

In una prima fase dei lavori, a partire dal *Draft Commission Bill* del 1998, la *Law Commission* sembrava essersi orientata verso il classico modello agente-principale, che già trovava solida base giuridica nella codificazione del 1906, dove veniva espressamente menzionato. Delle quattro proposte avanzate, infatti, la terza faceva riferimento all'agente che adempie alle proprie funzioni in modo illecito e la quarta a chiunque, in qualità di agente, riceve un vantaggio indebito o anche solo supposto tale; l'agente, nelle intenzioni dei proponenti, era un impiegato pubblico o privato, oppure un incaricato di un pubblico o un privato servizio³¹².

Anche negli anni successivi il modello agente-principale sembrava riscuotere i maggiori consensi da parte del legislatore, in quanto sostenuto non solo dalla *Law Commission*, ma

³¹¹ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 42-43.

³¹² SULLIVAN, *La risposta legislativa*, op. cit., p. 166.

anche dal Governo, nonostante le critiche mosse dal *Joint Committee on the Draft Corruption Bill*. Il *Joint Committee* sottolineava che l'opzione privilegiata dal Governo aveva il difetto di essere riduttiva, in quanto non consentiva di criminalizzare la corruzione passiva dei titolari delle imprese; a questi argomenti il Governo ribatteva che vi erano già talune fattispecie che rispondevano a questa esigenza, come per esempio la turbativa d'asta, in virtù della quale era penalmente perseguibile anche l'imprenditore che riceveva una tangente al fine di astenersi dal partecipare ad una gara³¹³.

Critiche al modello agente-principale furono formulate anche da una parte della dottrina inglese, un cui esponente in particolare espresse tre ordini di perplessità nei confronti delle tesi della *Law Commission*³¹⁴.

Innanzitutto, a giudizio di questa dottrina, non si comprenderebbe, né la *Law Commission* sarebbe in grado di spiegarlo, per quale motivo, se lo scopo della tutela è la fedeltà nei confronti del datore di lavoro, la corruzione dovrebbe essere sanzionata penalmente, essendo all'uopo sufficienti rimedi civilistici quali il risarcimento del danno, il licenziamento del dipendente, la risoluzione del contratto.

Si tratta di argomenti già affrontati nel capitolo precedente, dedicato ai modelli privatistici, dove si è dato conto dell'opinione di parte della dottrina in merito all'utilizzo dello strumento penale in questi casi³¹⁵, con la differenza che qui non si esprime favore per la depenalizzazione, ma al contrario si patrocina la repressione della corruzione in quanto comportamento che lede il corretto funzionamento del mercato, aldilà dei meri interessi del datore di lavoro del corrotto, in linea con gli strumenti sovranazionali.

La seconda critica concerne il fatto che la proposta criminalizza l'infedeltà soltanto se motivata dal pagamento di somma di denaro o di un altro vantaggio, trascurando la circostanza che essa può essere determinata da diverse ragioni, delle quali l'arricchimento del corrotto è soltanto una. Infine, e questa è la critica più sottile, la *Law Commission* non prende in considerazione il consenso del datore di lavoro quale causa di esclusione della tipicità del fatto, per cui nel modello proposto il reato sarebbe consumato anche se per ipotesi l'imprenditore acconsentisse alla corruzione del proprio dipendente; questa argomentazione può comunque trovare un solido fondamento soltanto laddove si prenda in considerazione

³¹³ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 363.

³¹⁴ ALLDRIDGE, *Reforming Bribery*, op. cit., p. 674-675.

³¹⁵ Cfr. Capitolo II par.2.

un modello fiduciario di tipo puro, mentre come abbiamo visto nel capitolo precedente³¹⁶ è possibile costruire, come nel caso del Portogallo, una normativa lealistica aperta, perlomeno nella forma aggravata, alla tutela di interessi pubblicistici, per cui il consenso del datore di lavoro non dovrebbe avere rilievo, in consonanza tra l'altro con gli obblighi sovranazionali, in specie la Decisione quadro eurounitaria.

Nella vigenza dell'*Act* del 1906, la dottrina inglese si era peraltro posta il problema dell'assenso dell'imprenditore, liquidandolo sbrigativamente come irrilevante: «*toleration of dishonesty need not negate dishonesty*», aggiungendo poi che, seppur in casi molto limitati, l'imprenditore avrebbe potuto essere al contempo vittima del reato e concorrente in esso³¹⁷; quanto detto mostra in modo chiaro che neppure la normativa precedente accoglieva il modello fiduciario puro, nonostante non vi fosse stata su questo aspetto grande riflessione teorica.

Altra parte della dottrina inglese però, facendo espresso riferimento alla *commercial bribery*, che in massima parte è corruzione privata, ritiene invece, in modo diametralmente opposto, che essa si sostanzia nella violazione di un dovere nei confronti del datore di lavoro, dei colleghi, dei superiori, degli azionisti, dei clienti dell'impresa, mentre sarebbero del tutto estranei alla tutela interessi ulteriori, e fa riferimento in modo chiaro al paradigma agente-principale. La violazione della fiducia sarebbe peraltro presente, seppur in forme chiaramente diverse, anche nella corruzione pubblica, dove stavolta il tradimento avviene nei confronti della collettività della quale i funzionari, elettivi e non, devono curare il benessere³¹⁸.

Nelle riflessioni che hanno condotto al *Bribery Act* anche l'opzione del "*market model*", ovvero la tutela della concorrenza, è stata affrontata, anche se in modo meno approfondito, in quanto la stessa *Law Commission* aveva riconosciuto che trattasi di un'opzione più adatta alla corruzione fra privati, di difficile adozione in un sistema che intendeva mantenere un'unica codificazione per i settori pubblico e privato; si riteneva, inoltre, che le violazioni alla concorrenza fossero già efficacemente repressi sotto il profilo penale dalla legislazione ad hoc, in particolare l'*Enterprise Act* del 2002. Una legislazione anticorruzione che ponesse al centro la libera concorrenza non avrebbe comunque rappresentato una novità assoluta per l'ordinamento britannico, dal momento che, come si è visto nei paragrafi precedenti, la

³¹⁶ Cfr. par.5.

³¹⁷ SULLIVAN, *England and Wales*, op. cit. p. 69.

³¹⁸ GREEN, *Official and commercial*, op. cit., p. 51 ss.

riforma del 1906 è stata determinata proprio dalla necessità di porre un freno al pagamento di commissioni nelle transazioni commerciali e quindi di assicurare il corretto funzionamento del mercato, anche se all'epoca mancava una riflessione organica sui rapporti fra corruzione e concorrenza a livello macro e microeconomico.

La stessa essenza del modello unitario, però, impediva di adottare questa scelta.

È stato rilevato, in particolare, che mentre nella corruzione fra privati può parlarsi di *market model*, proprio perché c'è un mercato nel quale alcuni pagamenti sono leciti e altri no, e allora il problema diventa quello di reprimere i passaggi di denaro illeciti, nel settore pubblico la questione è ben diversa; nella PA, infatti, ogni tipo di mercato sarebbe *ipso facto* illecito, proprio perché avrebbe ad oggetto il mercimonio della funzione pubblica³¹⁹. Una già citata dottrina, occupandosi della tematica³²⁰, ha fatto presente che mentre in un mercato concorrenziale la dazione dell'utilità costituisce un semplice elemento di prova della corruzione, nel settore pubblico, dove per definizione vi sarebbe un *black market*, il *gift* è l'essenza stessa del *pactum sceleris*.

Alla luce delle considerazioni sopra avanzate, la *Law Commission* ha proposto, e il Parlamento ha deciso, non solo di non adottare il *market model*, ma anche di abbandonare, almeno in linea teorica, il classico modello agente-principale che fino al quel momento aveva costituito la base della legislazione britannica in materia di corruzione; l'opzione definitiva è stata a favore dell'*improper conduct model*.

La *Law Commission*, nel respingere il modello lealistico, fa presente le difficoltà che esso presuppone in merito all'identificazione dei doveri da parte del soggetto (non a caso la corruzione privata è stata definita come almeno in parte norma penale in bianco³²¹) e il fatto che un'adesione a questo paradigma avrebbe reso non punibili determinati comportamenti definiti quali i "*payments to do the right thing*", che invece nell'ottica del *Bribery Act* hanno rilievo penale; l'esempio fatto è quello del dipendente che viene retribuito da un terzo per sbrigare una pratica, che altrimenti sarebbe stata evasa la settimana successiva, il giorno stesso oltre il normale orario di lavoro (si tratta in sostanza di quella che, nel nostro codice penale prima della riforma del 2012, veniva definita corruzione per un atto d'ufficio). In questo modo, inoltre, si pone chiaramente fine al dibattito relativo alla "*defence of consent*"

³¹⁹ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 365-366.

³²⁰ ALLDRIDGE, *The law relating to free lunches*, in *Company lawyers*, 2002, p. 266 ss.

³²¹ Cfr. Capitolo I par.11.

del datore di lavoro, peraltro come già detto sopra risolto in modo negativo dalla dottrina nella vigenza della legge precedente³²².

È stato sottolineato icasticamente che il modello agente-principale è stato abbandonato nell'intento di ottenere «*simplicity, certainty and effectiveness*»³²³. Il fulcro dell'illiceità non è quindi più la violazione di un dovere, la *breach of duty*, ma la *improper performance*, una definizione sicuramente più lasca, che nell'intento del legislatore dovrebbe evitare che si pongano questioni complicate di diritto civile, essendo soltanto necessario dimostrare che il soggetto che esercita la *relevant function* (cfr. paragrafo precedente), a seguito della dazione o della promessa di una utilità non dovuta, ha agito in modo difforme dai principi di imparzialità, buona fede e correttezza e comunque da ciò che una persona onesta si aspetterebbe in quella determinata situazione³²⁴.

In considerazione di questo non sembra, perlomeno per quanto riguarda la corruzione privata, che il modello agente-principale sia stato completamente abbandonato, perché se il primo presupposto, l'esercizio dell'attività in modo imparziale, pare adattarsi soprattutto ai rapporti di pubblico impiego (nonostante la *Law Commission* abbia sottolineato che esso potrebbe presentarsi anche in taluni uffici di diritto privato, per esempio quello di *trustee*), la correttezza e così pure la buona fede acquistano senz'altro rilievo anche nei rapporti fra dipendente e datore di lavoro. Adottando una visione più ampia, l'obbligo di agire in buona fede può inoltre estendersi a tutti quei terzi che hanno interesse a che l'affare venga condotto correttamente e che sarebbero danneggiati dal *pactum sceleris*.

Coglie allora nel segno quella dottrina per la quale il *Bribery Act* «ha voluto affrancarsi dalla più radicale declinazione del modello *agent/principal*»³²⁵, come a dire che esso, pur avendo perso la centralità che aveva prima, non è stato completamente abbandonato. La ricercata aspirazione di autonomizzare la definizione delle condotte corruttive dal diritto civile, tramite il riferimento ai principi di imparzialità e buona fede, non sembra peraltro completamente raggiungibile, soprattutto in quelle attività ad elevato livello di tecnicismo, dove una precisa ricognizione degli obblighi del soggetto dovrà per forza di cose avere luogo.

³²² ALLDRIDGE, *Reforming bribery*, op. cit., p. 678-679.

³²³ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 39.

³²⁴ SULLIVAN, *The Bribery Act 2010: an Overview*, in *Criminal Law Review*, 2011, fasc. 2, p. 90.

³²⁵ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 79.

In merito agli interessi tutelati dal *Bribery Act*, nonostante la minore centralità della violazione del dovere, rimangono attuali le considerazioni espresse in passato, vigente l'*Act* del 1906; la legge anticorruzione mira a punire il malaffare, a costituire un deterrente nella violazione delle relazioni fiduciarie, a promuovere la libera concorrenza e la fiducia nel mercato³²⁶; a questo può aggiungersi la tutela della buona fede e dell'imparzialità nello svolgimento delle funzioni. Si tratta quindi di beni compositi, di natura pubblicistica e privatistica, ed è proprio per questa ragione che nella parte finale del capitolo precedente³²⁷ il modello unitario è stato definito come intermedio fra quelli patrimonialistico e lealistico da un lato e quelli pro concorrenza dall'altro: l'approccio è in sostanza pragmatico ed eclettico.

Va infine sottolineato che il *Bribery Act*, avendo quale nucleo del disvalore la *improper performance* e non più necessariamente la *breach of duty*, è aperto alla corruzione passiva dell'imprenditore, raggiungendo almeno sotto questo profilo risultati non dissimili dalle codificazioni incentrate sulla tutela della concorrenza.

Prima di avanzare delle riflessioni conclusive sulla codificazione del Regno Unito, è opportuno analizzare tre aspetti che interessano particolarmente anche la *private bribery* e che hanno generato discussioni in merito alla loro liceità: trattasi della *corporate hospitality*, dei *facilitation payments* e dei *commission payments*.

2.5. Analisi di tre aspetti attinenti alla *private bribery* in UK: *corporate hospitality*, *facilitation payments* e *commission payments*.

Benché la legge non regolamenti questi casi in modo espreso, si tratta di elementi che spesso sono presenti nelle transazioni commerciali e vengono corrisposti non solo a pubblici funzionari ma anche, per quello che qui interessa, a soggetti privati. Il *Bribery Act* non ha inteso disciplinarli, probabilmente per lasciare spazio a strumenti più flessibili, soprattutto le guide del *Serious Fraud Office*.

Riguardo alla *corporate hospitality*³²⁸, il problema di cosa fosse lecito si poneva già nella vigenza della legge precedente, sotto la quale vi erano state condanne per donativi che non

³²⁶ SULLIVAN, *England and Wales*, op. cit., p. 63-64.

³²⁷ Cfr. par.8.

³²⁸ Si tenga presente che i concetti che saranno esposti in relazione all'*hospitality* valgono anche, *mutatis mutandis*, per le spese di rappresentanza.

potavano, a causa del loro ammontare, essere ricompresi nell'ambito di corrette relazioni commerciali.

Di notevole rilievo fu la causa *R v Behagg and others*, che concerneva proprio un caso di corruzione privata: alcuni dirigenti di una grossa azienda alimentare che riforniva la catena di supermercati *Sainsbury's* avevano corrisposto ai soggetti incaricati degli acquisti tangenti comprensive di versamenti in denaro su conti all'estero, soggiorni in hotel di lusso, vacanze pagate, che aveva comportato per *Sainsbury's* un esborso aggiuntivo di diversi milioni di sterline, dal momento che il prezzo era lievitato in conseguenza dei pagamenti illeciti³²⁹. Tutto questo non stupisce, dal momento che, come riportato nelle pagine precedenti, il fenomeno corruttivo nel settore privato è stato criminalizzato proprio per contrastare il pagamento di commissioni nel mondo degli affari, spesso mascherate da *hospitality*.

La *corporate hospitality* non deve però di per sé essere considerata illecita perché, laddove contenuta entro termini ragionevoli, è un mezzo lecito per stringere e rinsaldare relazioni commerciali e per fare conoscere ai clienti i propri prodotti e servizi; il problema, al quale gli strumenti applicativi del *Bribery Act* (le guide sopra menzionate) hanno cercato di dare risposte, è la distinzione fra ospitalità lecita e illecita.

Nel corso dei lavori la *Law Commission* aveva proposto di ritenere corruttive solo quelle prestazioni nelle quali i soggetti coinvolti avevano pacificamente convenuto il sinallagma, quindi un reciproco scambio; ne derivava un'impostazione dove venivano criminalizzate solo quelle condotte *blatantly corrupt* (manifestamente corrotte)³³⁰.

Questa non è però stata accolta, anche a causa della sua indeterminatezza. Può invece dirsi che oggi sono tangenti tutte quelle dazioni fatte con l'intenzione di indurre il ricevente a tenere una condotta contraria a quella che ci si aspetterebbe da una persona tenuta ad agire secondo buona fede, imparzialità o che ricopre una posizione di fiducia. Astrattamente la *corporate hospitality* può costituire infatti una violazione delle Sezioni 1 (*bribing another person*), 6 (*bribing a foreign public official*) e 7 (*failure of preventing bribery of commercial organizations*).

Indicazioni utili al fine di discernere fra il lecito e l'illecito sono contenute nella *The Bribery Act 2010 Guidance*³³¹, edita dall'SFO.

³²⁹MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 99-100.

³³⁰ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 418.

³³¹ La guida è pubblicata oggi sul sito www.ik.gov; in merito alla *corporate hospitality* cfr. p. 13 ss.

A parere del Governo, il *Bribery Act* non intende sanzionare tutte quelle condotte tenute in buona fede, in considerazione del fatto che, come già sottolineato, si tratta di una pratica diffusa che non deve essere abolita, ma solo contenuta entro determinati limiti. Perché vi sia reato l'accusa ha l'onere di provare che l'utilità è stata data o promessa con l'intenzione di concludere un determinato affare³³². Ciò che appare quindi determinante non è che la condotta dei soggetti sia stata *blatantly corrupt*, come nella prima proposta, ma la “*connection*” fra il vantaggio e la transazione commerciale; per valutarla occorre considerare tutte le circostanze del caso concreto, ovvero l’oggetto dell’*hospitality*, la consistenza dell'affare, l'influenza esercitata dal ricevente. La Guida avverte che non possono valere considerazioni di tipo aprioristico e non tutti i casi possono essere trattati allo stesso modo, dal momento che assumono rilievo gli standards di un determinato settore.

Viene poi fornita una casistica che, nelle intenzioni dei redattori, dovrebbe illuminare l'interprete. Per esempio si sostiene la probabile liceità dei trasferimenti da e per l'aeroporto, della fornitura dei biglietti per la visita ad un determinato luogo o per assistere ad un evento sportivo, l'offerta di una cena, l'ospitalità comprensiva di voli e soggiorno in un hotel di medio livello in occasione della visita ad un sito produttivo, cure ospedaliere nei limiti del ragionevole qualora l’offerente sia il gestore di un ospedale privato.

All'elemento della *connection* fra l'ospitalità e la chiusura dell'affare, si aggiunge quindi quello della *reasonableness*, come intesa da una persona che vive nel Regno Unito: di conseguenza, l'ospitalità in alberghi di lusso e il pagamento di vacanze sembrano integrare condotte corruttive.

La pubblica accusa avrà quindi l'onere di provare non solo l’*hospitality*, ma anche la sussistenza di una “*sufficient connection*” fra essa e la conclusione di un determinato affare.

Benché non vincolanti, le guide del *SFO* costituiscono un orientamento per i giudici, per le imprese e per il *Crown Prosecution Service*.

Parte della dottrina ha però criticato questa impostazione, sottolineando che non è per nulla semplice esprimere in termini giuridici la differenza fra la “*genuine hospitality*” e ciò che invece costituisce corruzione³³³; altri Autori, in modo ancora più radicale, affermano che le guide in commento non hanno alcuna utilità per le imprese, costrette in alcuni casi ad istituire al loro interno degli appositi uffici col compito di spiegare agli altri dipendenti cosa

³³² MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 428.

³³³ SULLIVAN, *Reforming bribery*, op. cit., p. 687.

è lecito e cosa no e che in ogni caso la comunità degli affari si sarebbe aspettata di più dal Parlamento britannico, in considerazione anche del fatto che l'apertura di una indagine da parte dell'*SFO*, oltre ai danni reputazionali, comporta notevoli spese³³⁴.

Riserve nei confronti delle soluzioni adottate sono state avanzate anche dall'OECD³³⁵, a giudizio del quale i criteri di ragionevolezza e proporzionalità sembrano prestarsi ad interpretazioni troppo lassiste; per quanto riguarda questo profilo pare però difficile stabilire criteri diversi, a meno di non volere proibire del tutto l'*hospitality* o di fissare dei massimali in termini di valore monetario delle prestazioni, ipotesi forse preferibile in modo da dare certezza al mondo degli affari. La seconda critica, ancora più condivisibile, riguarda il fatto che la guida dell'*SFO*, come accennato sopra, fa riferimento agli *standards* invalsi nei diversi settori; il problema è che in alcuni di essi si sono nel tempo affermate delle prassi che consentono livelli di *hospitality* molto elevati e questo equivarrebbe a consentire il mantenimento di pratiche in buona sostanza corruttive.

L'altro profilo di interesse che riguarda anche la corruzione fra privati è quello relativo ai "*facilitation payments*"³³⁶, cioè a tutti quei pagamenti di modesta entità effettuati ad agenti pubblici e privati per diversi scopi: fare sì che essi compiano il loro dovere, cosa che altrimenti non farebbero o farebbero in ritardo, spesso con riferimento a condotte di *routine* e all'espletamento di pratiche doganali, oppure per ottenere un trattamento di favore³³⁷.

Come si vede, mentre in alcuni casi il soggetto che paga intende ottenere un vantaggio illecito, in altri vuole solo quello che gli spetta di diritto, ma è ben consapevole che senza la corresponsione della mancia la transazione sarebbe eseguita in tempi molto più lunghi, non compatibili con la pratica degli affari.

A seconda che l'intento perseguito sia di ottenere l'esecuzione di un dovere o qualcosa di illecito, il *payer* è punibile rispettivamente ai sensi delle Sezioni 1 o 2 del *Bribery Act* (in questo caso è il pagamento stesso a costituire la *improper performance*), mentre le imprese sono sanzionabili sotto la successiva Sezione 7. Per le imprese, come è stato riportato dalla guida di *Transparency International*, il pagamento di queste commissioni può comportare un rischio di tipo legale, cioè l'azione penale, reputazionale, e più in generale operativo, dal

³³⁴ BEAN, MAC GUIDWIN, *Unscrewing the inscrutable*, op. cit., p. 103 ss; BEAN, MAC GUIDWIN, *Expansive reach useless guidance*, op- cit., p. 338, per i quali la Guida governativa sarebbe «*virtually useless*».

³³⁵ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 97-98.

³³⁶ I *facilitation payments* sono denominati, in alternativa, "*speed money*" o "*tea money*".

³³⁷ MONTY, *Bribery*, op. cit., p. 89 ss.

momento che spesso trattasi di somme che, benché modeste, sono pagate con notevole frequenza e sono quindi suscettibili di determinare oneri non indifferenti, oltre alla distorsione dei normali meccanismi del mercato e alla possibilità che in un ambiente poco rispettoso delle regole sorgano più ampi fenomeni di corruzione pubblica e privata.

Il *Bribery Act*, non innovando rispetto alla legge precedente, non si occupa di questo fenomeno, che resta quindi illecito, come sottolineato dalla Guida dell'*SFO*³³⁸. Il Governo britannico, a differenza per esempio dell'ordinamento statunitense che consente i *facilitation payments*³³⁹, ha quindi inteso adottare un approccio rigoroso, in modo ancora più netto rispetto alla tematica dell'*hospitality* sopra esaminata³⁴⁰. L'*SFO* è peraltro consapevole del fatto che in determinati Stati questa pratica è molto diffusa e dunque la sua eliminazione costituisce un obiettivo di lungo termine, che richiede la collaborazione da parte delle imprese; si sottolinea soprattutto la discrezionalità dell'azione penale, riguardo alla quale i procuratori dovranno valutare l'esercizio dell'interesse pubblico, invero difficilmente sussistente nel caso di transazioni di modesta entità, a parte naturalmente l'esimente dello stato di necessità.

Le indicazioni fornite alle imprese sembrano in questo caso più precise di quanto fatto a proposito dell'*hospitality*: non saranno presi in considerazione piccoli pagamenti isolati, saranno valutate positivamente le condotte di *self-reporting* e l'adozione di apposite politiche aziendali volte ad evitare la ripetizione di questi episodi, nonché la posizione di debolezza dell'impresa in determinati casi specifici. Vengono invece considerati in modo negativo la ripetizione e l'ammontare dei pagamenti, la premeditazione e più in generale la loro adozione quale normale condotta nello svolgimento degli affari, oppure il caso in cui la finalità sia corruttiva e quindi ricada sotto la Sezione 1 del *Bribery Act*. È anche necessario, qualora il pagamento avvenga all'estero, e questo è sicuramente il caso più frequente, che esso sia illecito anche nel Paese in cui è stato fatto.

³³⁸ Cfr. pp. 18-19.

³³⁹ Il *Foreign Corrupt Practices Act (FPCA)*, nella consapevolezza che trattasi di un fenomeno diffuso e considerato accettabile in altri Paesi, entro certi limiti ha adottato un approccio diverso da quello unilaterale del *Bribery Act*. I *facilitation payments*, infatti, ai sensi della normativa USA sono legali qualora di modesto ammontare e finalizzati ad agevolare operazioni di *routine*, ma non ad indurre il pubblico ufficiale straniero a violare i suoi doveri o ad ottenere nuovi affari (cfr. MONGILLO, *La corruzione*, op. cit., p. 375-376).

³⁴⁰ Parte della dottrina sottolinea però che criminalizzare i *facilitation payments* è uno degli aspetti di maggior difficoltà con i quali la legge britannica deve confrontarsi, soprattutto nel caso in cui si tratti di piccole somme (BEAN, MAC GUIDWIN, *Expansive reach- useless guidance*, op. cit., p. 336).

La dottrina³⁴¹ ha sottolineato che l'approccio del *Bribery Act* appare, almeno in teoria, estremamente rigoroso, sicuramente più degli strumenti sovranazionali in materia di corruzione, come per esempio la Convenzione dell'OECD, che non richiede in modo espresso la loro proibizione, benché in seguito il *Council* dell'OECD abbia raccomandato agli Stati di porre un freno a questa prassi, in considerazione dei loro "corrosive effects"; una raccomandazione, seppur forte, è infatti cosa ben diversa dallo statuire un obbligo di incriminazione espressa. La fermezza del legislatore britannico viene attribuita non solo al tradizionale rilievo penale dei *facilitation payments*, ma anche alla temperie storica nella quale la riforma è stata approvata, caratterizzata come si è visto da scandali di rilievo nella gestione delle risorse pubbliche.

In ogni caso, però, alla severità della normativa, che li considera corruzione a tutti gli effetti, fanno da contrappeso degli elementi che rendono la loro criminalizzazione più che altro una petizione di principio, seppur necessaria dal punto di vista simbolico, dal momento che, oltre ad essere pratiche già di per sé corruttive, costituiscono terreno di coltura per fatti di maggiore gravità. Innanzitutto, trattandosi di fatti spesso commessi all'estero, sono in concreto difficili da scoprire, anche in considerazione della loro modesta entità; è poi improbabile, e in questo il pensiero in commento risulta condivisibile³⁴², che le imprese britanniche si astengano dall'effettuare pagamenti spesso necessari per fare funzionare affari di *routine* a fronte del rischio poco più che teorico di un'azione penale, in considerazione poi del fatto che nello stesso mercato potrebbero operare delle imprese di Paesi, come gli Stati Uniti, dove i *facilitation payments* sono almeno in parte legali.

Lo stesso Governo britannico, infine, sin dalla fase preparatoria dei lavori, pur dichiarandosi favorevole a mantenere ferma la loro illiceità, in modo da non creare distinzioni di difficile applicazione pratica, scelse di non adottare la linea della tolleranza zero in favore di un approccio più graduale, nella consapevolezza della difficoltà di sradicare il fenomeno in tempi brevi. Anche la guida dell'*SFO*, del resto, raccomanda ai procuratori di perseguire solo i casi più gravi.

³⁴¹ Bean, Mac Guidwin, *Unscrewing*, *op. cit.*, p. 95 ss. Nello stesso senso BENZ, GARMAN, *British hospitality: when is a bed a bribe? The U.K. Bribery Act and its implications for event organizers, sponsors, and related persons*, in *The entertainment and sports lawyer*, 2012, fasc. 30, p. 3 ss., dove si sottolinea la severità della legislazione britannica, dal momento che l'offesa non richiede un «*overt wrongdoing*» da parte dell'ente coinvolto, né l'intenzione, ma solo la commissione dell'offesa da parte di un soggetto associato all'ente col relativo vantaggio per quest'ultimo.

³⁴² Si fa riferimento a BENZ, GARMAN, *British hospitality: when is a bed a bribe?*, *op. cit.*

Affini ai *facilitation payments* sono l'ultima fattispecie oggetto di disamina, i "*commission payments*", ovvero dazioni di denaro che un determinato agente riceve dal fornitore del prodotto venduto e non dal compratore. La *Law Commission*³⁴³, durante i lavori, pur riconoscendo che senza i *commission payments* l'agente non concluderebbe l'affare e che essi possono avere qualche somiglianza con le tangenti, ha affermato che in realtà sono cosa diversa; la *Law Commission* ha inoltre espresso l'auspicio che l'agente agisca obiettivamente, senza per forza raccomandare il prodotto più costoso, in relazione al quale evidentemente la commissione percepita sarebbe più alta.

Oltre a dar conto della diffusione di questa prassi in alcuni settori, deve aggiungersi che parte della dottrina non solo non la condanna, ma ritiene si tratti di un modo per rendere più efficiente il mercato e offrire dei servizi di migliore qualità. Le commissioni vengono spesso denominate "*performance bond*" e dovrebbero servire a remunerare gli operatori che lavorano meglio rispetto alla media; si possono citare due esempi. Il primo, relativo ai premi che talvolta le compagnie di assicurazione pagano alle autofficine presso le quali indirizzano i loro clienti: in questo caso le officine sono incentivate a mantenere degli elevati *standards* qualitativi, altrimenti perderebbero il *performance bond*. Il secondo esempio, che sembra più chiaro, riguarda invece i "*soft dollar arrangements*", cioè commissioni che vengono corrisposte oltre il normale prezzo di mercato dagli agenti ai *brokers* per incentivarli ad acquistare prodotti finanziari redditizi³⁴⁴.

Anche se questi pagamenti vengano solitamente riconosciuti come leciti nella prassi, devono essere valutati con attenzione, onde evitare che celino fatti di corruzione fra privati: come si ricorderà, infatti, nel 1906 il legislatore britannico ha deciso di criminalizzare questo fenomeno proprio per porre un freno alle commissioni illecite e occulte che proliferavano nel mondo degli affari. Nonostante i *commission payments* avvengano oggi alla luce del sole, è chiaro che spesso influenzano la condotta di chi li riceve, inducendolo ad offrire dei servizi diversi da quelli che sarebbero prestati in mancanza del pagamento.

Affrontati questi ulteriori aspetti è possibile estendere delle riflessioni conclusive sul *Bribery Act*.

³⁴³ Cfr. *Consultation Paper* n.185.

³⁴⁴ MILLS.WEISBERG, *Corrupting the harm requirement in white collar crime*, in *Stanford Law Review*, 2008, fasc.60, n. 5, p.1413 ss.

2.6. Considerazioni finali sul *Bribery Act*: un approccio teorico rigoroso stemperato nella pratica.

Benché la codificazione abbia, come si è visto, caratteristiche diverse rispetto alle altre vigenti in Europa per l'approccio discorsivo utilizzato, spesso di non facile comprensione per il lettore continentale, tanto è vero che si è fatto riferimento al concetto di legislazione-fiume, il suo studio presenta indubbi profili di interesse in chiave comparatistica.

Attraverso la sua adozione il Regno Unito ha cercato di modernizzare la propria disciplina, adeguandola alle Convenzioni internazionali e unificando i precedenti *Acts* e riducendo sensibilmente il ruolo della *Common Law*, che oggi rileva unicamente per la fattispecie di *misconduct in a public office*, foriera di possibili sovrapposizioni con la corruzione dei pubblici ufficiali (cfr.sopra).

Le caratteristiche del *Bribery Act* possono essere riassunte come segue: adozione del modello unitario fra corruzione pubblica e privata, forte anticipazione della tutela e intento repressivo nei confronti di tutte le forme nelle quali si manifesta la corruzione.

Per quanto riguarda il modello unitario si è già detto, sottolineandone la continuità con il previgente *Act* del 1906; qui occorre soltanto ribadire che la scelta del suo mantenimento è stata fatta in sede di proposta dalla *Law Commission* e il *Joint Committee* del Parlamento non l'ha mai messa in discussione, limitandosi a richiedere che venisse adottata una migliore formulazione del concetto di corruzione, tale da adattarsi ai settori pubblico e privato.

Per quanto riguarda invece l'anticipazione della tutela, parte della dottrina ha affermato, in senso critico, che trattasi di una impostazione soggettivistica. La normativa del 2010, infatti, non solo adotta una tipizzazione della corruzione quale fattispecie unilaterale, ma equipara condotte quali l'offerta e la sollecitazione della tangente alla dazione e alla ricezione. Una scelta in senso anticipatorio è stata fatta per esempio anche in Italia, dove notoriamente la corruzione è un reato bilaterale, almeno secondo la maggior parte degli interpreti³⁴⁵, tramite l'introduzione dell'art.322bis c.p., ma in quest'ultimo caso la cornice edittale è inferiore, a differenza di ciò che accade in Gran Bretagna.

Secondo questa dottrina, il *Bribery Act* punirebbe quindi non tanto la corruzione in sé, quanto invece l'intenzione manifestata dal soggetto, con una possibile disarmonia rispetto

³⁴⁵ Cfr. Capitolo I par. 10.

alla funzione critica del bene giuridico, nel senso di sanzionare condotte non (ancora) lesive
346.

Tale rilievo può però essere accettato soltanto in parte, dal momento che offerta e sollecitazione, laddove esternate in modo inequivocabile dal soggetto, possono legittimamente essere sanzionate dal legislatore e le *Sentencing Guidelines* sono strumenti utili a comminare una pena di volta in volta adeguata al caso concreto, a maggior ragione in considerazione del fatto che la cornice edittale è ampia. A essere puniti, quindi, non sono solo gli intenti, ma comportamenti oggettivamente rilevabili; giova anche ricordare, come si vedrà in seguito, che in materia di corruzione privata per esempio anche le normative francese e spagnola³⁴⁷ non si limitano a dare rilievo alla sollecitazione e all'offerta o promessa, ma parificano il trattamento sanzionatorio³⁴⁸, per cui sotto questo aspetto il *Bribery Act* non costituisce un *unicum*. L'aspetto maggiormente pregnante della tutela anticipatoria si coglie piuttosto nel caso, espressamente disciplinato, in cui la tangente costituisce di per sé la *improper performance* e viene dunque pagata allo scopo di influenzare il soggetto qualificato nell'esercizio delle sue funzioni.

Nelle pagine precedenti è stato peraltro sottolineato che il legislatore ha cercato di depurare le condotte sanzionate da matrici di natura soggettivistica: non è stata così riprodotta la clausola di illiceità speciale "*corruptly*", presente nei precedenti *Acts*, ma potenzialmente foriera di difficoltà interpretative, specie in settori dove le prassi corruttive corrispondono alla normalità; in modo simile la *performance* può dirsi *improper* soltanto con riferimento alle aspettative di una persona onesta che vive nel Regno Unito, con la conseguenza che i giudicanti non devono far prevalere le loro opinioni personali né valutare come si sarebbero comportati loro stessi al posto dell'agente.

Il *Bribery Act*, pur nella sua vocazione anticipatoria, cerca quindi di consentire agli interpreti di discernere cosa è lecito e cosa invece non lo è. Gli sforzi del legislatore non sempre hanno però portato risultati ottimali, per esempio nel caso dei *facilitation payments*, dove la disciplina è molto rigida e non tiene conto della peculiarità delle transazioni commerciali in Paesi diversi dalla Gran Bretagna, nonché dell'*hospitality* e delle spese

³⁴⁶ MONGILLO, *La corruzione*, op. cit., p. 416 ss. Altra dottrina parla nello stesso senso di "eccessiva estensione applicativa della norma" (FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori*, op. cit., p. 336). La dottrina citata non parla in realtà di funzione critica del bene giuridico, ma il senso delle argomentazioni svolte sembra questo.

³⁴⁷ Cfr. Capitolo IV.

³⁴⁸ La legge tedesca invece, sempre con pari cornice edittale, dal lato della corruzione attiva prevede l'offerta, la promessa o l'assicurazione dell'utilità non dovuta, dal lato passivo l'accettare o il lasciarsi promettere.

promozionali. La legge, sotto questi aspetti lacunosa, si presenta flessibile e quindi adattabile ai costumi sociali, perché deve essere integrata dalle Guide del SFO. Le Guide, però, non sempre riescono a fornire delle risposte esaustive, con conseguenti difficoltà per le piccole imprese che in alcuni casi necessiterebbero di una consulenza legale; per alleggerire gli oneri del mondo degli affari e dare maggiori certezze è stata proposta l'introduzione della prassi vigente negli USA dell'*a priori comfort* su singole questioni, ma finora il suggerimento non è stato accolto³⁴⁹.

L'altra caratteristica esaminata riguarda la notevole estensione della tutela, nel senso di una impostazione verso la "tolleranza zero" nei confronti della corruzione, riconosciuta anche dall'*EU Anti-Corruption Report*, per il quale l'*Act* costituisce una delle più severe legislazioni del mondo, in modo particolare sotto il profilo della responsabilità d'impresa³⁵⁰. Come si è visto, le norme sanzionano tanto la corruzione per atto contrario all'ufficio quanto quella per atto d'ufficio e per l'esercizio della funzione; il riferimento al fatto che vi è corruzione nel momento in cui la tangente costituisce di per sé la *improper performance* esprime allo stesso tempo la scelta di ampliare il territorio dell'illecito e di anticipare la tutela (cfr. sopra). Per di più, soltanto alcuni dei "casi" delle Sezioni 1 e 2 prevedono che l'accusa debba dimostrare l'*intention* dell'agente, con la conseguenza che l'onere della prova risulta semplificato.

La stessa locuzione di *improper performance*, che sembra andare oltre gli stretti doveri civilistici, è finalizzata ad adottare un'estensione di corruzione più ampia possibile e nelle intenzioni del legislatore comporterebbe l'abbandono del modello agente-principale. Come spiegato, però, almeno nei casi di corruzione privata la precedente impostazione non può dirsi del tutto superata e anzi per una opinione l'*Act* rappresenta un modello nel quale «la mera interferenza fra gli interessi in capo all'amministratore e quelli della società diviene elemento caratterizzante del reato di corruzione commerciale fra privati»³⁵¹; in questo senso, con affermazioni che paiono condivisibili, si assegna in materia di *commercial bribery* un ruolo centrale al conflitto di interessi (prezzolato) che esiste fra l'agente che viola i suoi doveri e la società per la quale egli lavora.

³⁴⁹ MONTY, *Bribery*, *op. cit.*, p. 1-2.

³⁵⁰ Cfr. p.4 del *Report*. In merito agli effetti positivi del *Bribery Act* e al suo impatto anche a livello globale cfr. EKWUEME, *Decelerating corruption and money laundering: distilling the positive impact of the UKBA 2010 from a holistic perspective*, in *Journal of financial crime*, 2022, fasc. 29, p. 128 ss.

³⁵¹ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori*, *op. cit.*, p. 293.

Anche la vocazione “universalistica” dell’*Act*, che si applica a tutti i soggetti, persone fisiche e imprese, che abbiano dei collegamenti col Regno Unito, mediante posizioni di controllo nel caso delle imprese, testimonia la severa impostazione normativa che è alla base dei già accennati rilievi di “imperialismo morale” posti da una parte della dottrina³⁵²; si sottolinea non solo che il *Bribery Act* è stato adottato dal Parlamento con grave ritardo al termine di lavori preparatori eccessivamente lunghi, ma che le soluzioni adottate sono autoreferenziali e tengono conto solo dei costumi britannici, trascurando i contesti esteri nei quali le imprese conducono i loro affari e oltretutto le Guide governative non sarebbero in gradi di fornire direttive realmente soddisfacenti.

In effetti è stato rilevato che l’attenzione del Governo britannico è stata maggiormente rivolta al contrasto della corruzione a livello transnazionale, mentre per quanto riguarda il versante interno l’impegno è stato minore e mancano comunque dati certi in merito alla diffusione del fenomeno³⁵³.

Il rigore fin qui descritto viene però ad essere temperato dal fatto che in Gran Bretagna l’azione penale è discrezionale e prima della riforma del 2010 il perseguimento di un caso di corruzione doveva essere autorizzato dal *Prosecutor General*. Questo comporta che nella prassi le scelte di incriminazione sono selettive, in quanto devono rispondere ai criteri della sussistenza di prove sufficienti nei confronti dell’accusato e dell’interesse pubblico ad esercitare l’azione penale, ragion per cui il legislatore britannico, nel *Bribery Act*³⁵⁴ come in altri casi, tende a configurare le fattispecie incriminatrici in modo molto ampio, lasciando poi al *Crown Prosecution Service* il compito di scegliere quali condotte perseguire.

È facile ipotizzare che le risorse pubbliche vengano maggiormente indirizzate a contrastare la corruzione nella PA, mentre casi di minore rilevanza, attinenti specialmente alla corruzione privata, per esempio tangenti di modesta entità pagate all’estero, non formeranno oggetto di contestazione in sede penale. I casi meno gravi, infatti, saranno con tutta probabilità oggetto di rimedi civili, quali per esempio il licenziamento del dipendente infedele, la richiesta di annullamento del contratto da questi stipulato in conseguenza del *pactum sceleris* e il risarcimento del danno; in relazione a quest’ultimo aspetto, esso viene forfettariamente liquidato in una somma pari all’ammontare della tangente percepita, salva

³⁵² BEAN, MAC GUIDWIN, *Unscrewing the inscrutable*, op. cit., p. 63 ss.

³⁵³ LORD, DOIG, LEVI, VAN WINGERDE, BENSON, *Implementing a divergent response? The UK approach to bribery in international and domestic contexts*, in *Public money and management*, 2020, p. 358-359.

³⁵⁴ LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione*, op. cit., p. 24 ss.

la possibilità per il *principal* di dimostrare di avere subito un maggior danno e dell'SFO di adire la *High Court* per un *civil recovery order* (in pratica una confisca) dei beni ottenuti illecitamente³⁵⁵.

Le considerazioni appena svolte sono rafforzate dal fatto che, nonostante l'adozione in via legislativa del modello unitario, la repressione della *private bribery* non sembrava essere fra le priorità del Governo britannico. Nell'*Anti Corruption National Action Plan* del 2014 essa infatti costituiva il nono e ultimo obiettivo, persino dopo la lotta alla corruzione nelle manifestazioni sportive. Nell'attuale *Strategy* per gli anni 2017-2022 uno dei sei obiettivi chiave da perseguire è l'integrità nei settori pubblico e privato, indicati con un'endiadi; per quanto riguarda quest'ultimo, gli impegni presi, a parte l'ambito sportivo al quale è dedicata particolare attenzione, sono principalmente «*investigate weaknesses...take action where necessary*» e far sì che il *Financing Reporting Council* aggiorni la sua guida in materia di *disclosures* sui casi di corruzione³⁵⁶. Questo sembrerebbe indicare, almeno in teoria, la crescente consapevolezza dell'importanza del contrasto alla *private bribery*, ma nonostante ciò il documento continua a dare preminenza al settore pubblico.

Un'ultima critica al *Bribery Act* è legata al pari livello sanzionatorio per la corruzione pubblica e privata³⁵⁷; premesso il fatto che il modello unitario non necessariamente implica la medesima cornice edittale, come scelto invece dal legislatore britannico, potendo comunque i due fenomeni, pur disciplinati nello stesso testo, essere soggetti a pene diverse, il rilievo sopra riportato sembra in buona parte sterilizzato dal contenuto delle *Sentencing Guidelines* di cui si è dato conto, che attribuiscono maggior gravità (livello A) a caratteristiche che si riscontrano principalmente nella corruzione pubblica. Pene severe per la *private bribery* saranno di fatto comminate solo nei casi più gravi e allora potranno dirsi proporzionate.

3. Il modello unitario svedese e il peculiare stato sociale scandinavo.

Anche la Svezia, similmente alla Gran Bretagna, ha adottato da diverso tempo, a partire cioè dal 1976, un modello unitario che parifica corruzione pubblica e privata quanto alla disciplina e alla cornice edittale, anche se come nel Regno Unito di fatto le corti tendono a

³⁵⁵ MONTY, *BRIBERY*, *op. cit.*, p. 179-184.

³⁵⁶ Cfr. p. 46 della *Strategy*, pubblicata sul sito www.gov.uk

³⁵⁷ LA ROSA, *Corruzione*, *op. cit.*, p. 84. Per questa dottrina la corruzione pubblica è meritevole di pene più gravi.

sanzionare più severamente la prima, in un sistema comunque mite che prevede una pena massima di due anni di reclusione, che salgono a sei nei casi di *gross bribe*.

Diversa è invece la genesi della legislazione scandinava: mentre in UK la corruzione privata è stata tipizzata nel 1906 allo scopo di porre un freno alle commissioni illecite percepite nel mondo degli affari, in Svezia è stato preso in considerazione un duplice stato di fatto.

Innanzitutto, la pubblica amministrazione ha esteso in modo crescente il suo ambito operativo, nel contesto di uno stato sociale fra i più sviluppati del mondo, esercitando funzioni diverse da quelle nelle quali erano di solito impegnati i pubblici apparati. Dall'altro lato anche il settore privato, per esempio quello bancario e assicurativo, ha cominciato a svolgere funzioni marcatamente pubblicistiche; in Svezia, in particolare, importanti funzioni pubbliche sono state trasferite a soggetti privati che tendono ad esercitarle in forma monopolistica o oligopolistica. A tale proposito nel primo capitolo³⁵⁸ è stato sottolineato che l'estensione del settore privato e le privatizzazioni sono una delle cause che rendono opportuna la criminalizzazione della corruzione anche in questo settore, perché altrimenti il rischio sarebbe quello di lasciare alcuni fenomeni offensivi privi di tutela o di estendere in via pretoria la nozione di incaricato di pubblico servizio, con esiti incerti e imprevedibili. In Svezia, invece, la scelta del legislatore è stata *tranchant*, perché le fattispecie di corruzione sono state unificate³⁵⁹.

La disciplina si rinviene oggi, a seguito della riforma del 2012³⁶⁰, nel Capitolo 10 del codice penale.

La Sezione 5a tipizza la corruzione passiva, sanzionando il dipendente (non importa se pubblico o privato) o chi è incaricato di una *commission* o partecipa a manifestazioni sportive in relazione alle quali vi sono scommesse pubbliche, che richiede, riceve, accetta un vantaggio non dovuto (*undue advantage*) per lo svolgimento dell'impiego o della commissione; il vantaggio può essere ricevuto anche da altri, purché vi sia comunque il patto

³⁵⁸ Cfr. par.4.

³⁵⁹ LEJONHUFVD, *Sweden*, in *Private commercial bribery*, a cura di Heine, Huber, Rose, Freiburg, 2003., p. 411 ss.

³⁶⁰ In precedenza la corruzione attiva era disciplinata dalla Sezione 7 del Capitolo 17 e quella passiva dalla Sezione 2 del Capitolo 20. L'approccio era più discorsivo e casistico di quello attuale, anche se in misura comunque minore di quello che abbiamo visto nel *Bribery Act*. Per la disamina della legge precedente al 2012 si rinvia a LEJONHUFVD, *Sweden*, *op.cit.*, p. 401 ss; per la legge attuale si può fare riferimento a ACKEBO, VESTIN, JANSSON, *Sweden*, in *The anti bribery and anti corruption review*, 2017, Derbyshire, p. 277 ss.

corruttivo. La norma, con disciplina anticipatoria, si applica anche qualora il patto venga stretto prima che il corrotto ottenga la posizione o quando la posizione è cessata.

La Sezione 5B descrive in modo speculare la corruzione attiva, per cui lo schema seguito è quello della fattispecie unilaterale.

Ai sensi della successiva Sezione 5c, per valutare se l'offesa è "gross" (cfr. sopra) occorre prendere in considerazione se il reato è stato perpetrato da chi ricopre una posizione di particolare responsabilità, il valore dei beni offesi, la sua natura pericolosa, l'eventuale reiterazione.

Di particolare interesse è anche la Sezione 5e, concernente un operatore commerciale che con grave negligenza fornisce fondi a parti terze che vengono poi utilizzati per il pagamento di una tangente; questa disposizione, la *negligent financing of bribery*, fu espressamente introdotta nel 2012, allo scopo di stimolare le società ad adottare adeguati codici di condotta interni³⁶¹. È inoltre disciplinata al capitolo 36 Sezione 7 la responsabilità degli enti qualora un reato (non necessariamente quindi la corruzione) sia stato commesso nello svolgimento delle loro attività ed essi non abbiano posto in essere azioni ragionevoli per prevenirlo; la responsabilità si configura anche se il reo è una persona dotata di poteri rappresentativi o di controllo. La sanzione prevista è di natura pecuniaria³⁶².

L'azione penale per le fattispecie di corruzione e di *negligent financing of bribery* non è automatica, ma la procura deve valutare se esiste un pubblico interesse. La disciplina processuale è quindi la stessa per la corruzione pubblica e privata; prima del 2012, invece, mentre nel primo caso si procedeva d'ufficio, nel secondo erano necessari alternativamente la richiesta del datore di lavoro o la sussistenza del pubblico interesse.

La legge svedese, similmente al *Bribery Act*, non detta una disciplina dei *benefits* che i dipendenti pubblici e privati possono legittimamente ricevere da terzi. Se la dazione di denaro è sempre illecita, i criteri normalmente adottati sono più restrittivi nel settore pubblico; manifestazioni come l'*hospitality* sono comunque ammesse, purché proporzionate e non finalizzate ad influenzare la condotta del ricevente, mentre i *facilitation payments* non sono consentiti³⁶³. Lo *Swedish Anti-Corruption Institute* ha comunque redatto un *Code on Business Conduct*, in qualche modo paragonabile alle già viste Guide dell'SFO, con l'intento

³⁶¹ ACKEBO, VESTIN, JANSSON, *Sweden, op. cit.*, p. 279.

³⁶² Il problema della *corporate responsibility* in materia di corruzione oggi sembra riguardare soprattutto i fatti di corruzione commessi all'estero dalle aziende svedesi (ACKEBO, VESTIN, JANSSON, *Sweden, op. cit.*, p. 277).

³⁶³ *Ibidem*, p. 278 ss. Si tratta, in definitiva, di criteri simili a quelli seguiti in Gran Bretagna.

di fornire criteri orientativi alle imprese. Il *Code*, con riguardo ai *benefits*, sottolinea che devono essere di modesto valore e dati in modo trasparente; il settore pubblico e privato sono distinti (come detto sopra nel primo le regole sono più severe) e in quest'ultimo la disciplina per gli istituti bancari e le compagnie di assicurazione è particolarmente rigida³⁶⁴.

La normativa svedese sanziona quindi il mero ricevimento, o anche la sola promessa, di un vantaggio non dovuto, mentre non è necessario che sia stato accertato un danno né che l'atto compiuto sia contrario al dovere d'ufficio; si prescinde anzi dal singolo atto, sembrando piuttosto la fattispecie punire la compravendita della funzione³⁶⁵; il disvalore pare concentrato non tanto sulla *performance*, che infatti non viene definita *improper* come nel *Bribery Act*, ma sul vantaggio, che deve essere *undue*. Come detto sopra, la tutela è anticipata, ma non come il *Bribery Act*, dal momento che, a differenza di quest'ultimo, non si prevede il caso in cui l'utilità costituisca di per sé la *improper performance*.

La legge del 2012, facendo espresso riferimento anche a chi esercita una *commission*, potrebbe estendersi ai casi definiti nel capitolo precedente³⁶⁶ di "mandato puro", quindi alla corruzione privata commessa al di fuori dell'esercizio di attività commerciali, in modo simile al paragrafo 153a del codice penale austriaco, in quella sede esaminato.

L'impronta della codificazione presenta un substrato lealistico, dal momento che il soggetto che riceve una tangente tradisce il rapporto di fiducia col datore di lavoro (non è prevista invece la corruzione passiva dell'imprenditore), ma il modello non è privatistico. I beni giuridici tutelati sono infatti molteplici: il sopra richiamato rapporto di fiducia, l'ambiente, il mercato, la corretta informazione dei consumatori; la concorrenza leale, in particolare, viene riguardata soprattutto rispetto agli interessi di questi ultimi e non tanto degli imprenditori. I consumatori, infatti, devono essere messi in condizione di scegliere le offerte più convenienti³⁶⁷.

Sembrano quindi prevalere profili pubblicistici, in consonanza con la solida tradizione dello stato sociale presente in Svezia e per questa ragione è comprensibile che la riforma del 2012 non abbia più previsto la richiesta del datore di lavoro quale condizione di procedibilità, ma la sola presenza del *public interest*, che nei casi di corruzione privata presumibilmente

³⁶⁴ Il *Code* non si occupa solo dei *benefits*, ma anche delle misure preventive e di monitoraggio, anche nei rapporti con gli intermediari, che le imprese devono adottare in funzione anticorruzione. Il *Code* è reperibile sul sito www.business-sweden.com.

³⁶⁵ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 75.

³⁶⁶ Cfr. par.7.2.

³⁶⁷ LEJONHUFVD, *Sweden*, op. cit., p. 411-412.

potrà essere individuata nei casi di *gross bribery*. La norma ha il pregio di chiarire che oggi non è più possibile sostenere che il datore di lavoro, tramite il consenso, possa privare del carattere illecito la condotta del dipendente corrotto, tesi comunque già respinta dalla giurisprudenza maggioritaria ante 2012³⁶⁸.

La legislazione svedese in materia di corruzione privata, come riconosciuto dall'*EU Anti-Corruption Report*³⁶⁹, è in definitiva coerente con gli obblighi di incriminazione eurounitari, considerata la pluralità degli interessi tutelati, fra i quali come si è visto c'è anche il corretto funzionamento del mercato.

4. Conclusioni sui modelli unitari: limiti e pregi.

Premesso il fatto che sembra condivisibile l'assunto secondo cui il contrasto alla corruzione pubblica e privata hanno quale punto di contatto l'esigenza di ridurre l'opacità e la tutela di soggetti ulteriori al "principale", che nel primo capitolo sono stati denominati "esclusi", ovvero gli amministrati nel settore pubblico, i concorrenti, gli azionisti, i consumatori in quello privato³⁷⁰, occorre valutare se il modello unitario è in grado di offrire una risposta soddisfacente a queste esigenze.

A tal proposito parte della dottrina, pur affrontando la tematica sotto la lente della responsabilità dell'ente, ha espresso l'esigenza di trattare la materia in modo unitario a causa del già discusso fenomeno delle privatizzazioni, che ha determinato incertezze in merito all'estensione dello statuto penale della PA³⁷¹. La stessa Autrice, peraltro, in un altro scritto dedicato proprio alla disamina complessiva delle fattispecie previste dal *Bribery Act*³⁷², ha sottolineato che esso, nonostante i profili di interesse, non può costituire una fattispecie da trasporre acriticamente in altri ordinamenti.

Bisogna sottolineare che il concetto di modello unitario, oltre al rapporto pubblico-privato, può essere inteso anche in relazione alla tipizzazione della corruzione privata: si discute, infatti, se sia opportuno adottare una norma generale in quest'ultimo ambito, in

³⁶⁸ *Ibidem*, p.417.

³⁶⁹ Il *Report* riconosce che, nonostante il problema della *foreign bribery* praticata da alcune imprese svedesi, che la Svezia è uno dei Paesi meno corrotti in Europa.

³⁷⁰ FORTI, *la corruzione fra privati*, *La Corruzione fra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 287 ss.

³⁷¹ LAVACCHINI, *La responsabilità dell'ente per i delitti di corruzione*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2018, p. 2781 ss.

³⁷² LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir.pen.cont.*, 10 ottobre 2014, p. 26.

modo da disporre di una disciplina ampia e flessibile, in grado di adattarsi a tutte le esigenze anche sopravvenute, oppure se la soluzione migliore sia quella di apprestare delle discipline di settore, in modo che i consociati siano posti in grado di discernere meglio cosa è lecito e cosa no³⁷³. Queste riflessioni sono meritevoli di considerazione, dal momento che in alcuni Paesi, per esempio l'Italia, la Germania e la Francia, accanto a una norma generale in materia di corruzione privata vi sono norme settoriali e, come si vedrà, in Germania la situazione è ancora più complessa dal momento che alla disciplina generale è stata aggiunta nel 2015 una “variante lealistica”³⁷⁴.

Di conseguenza, prima di discutere di modello unitario, è necessario tenere conto del fatto che in alcune legislazioni nemmeno la corruzione privata è disciplinata in un'unica norma.

Dalla disamina dello stato dell'arte in Gran Bretagna e Svezia si è compreso che trattasi di situazioni peculiari.

Per quanto concerne la seconda, l'unitarietà trova fondamento nel fatto che in quel Paese lo stato sociale è molto sviluppato e spesso il settore pubblico gestisce attività di natura privatistica, mentre queste ultime sono concentrate in grandi imprese con struttura quasi monopolistica; è ovvio che questo sistema, che neppure pone problemi di materia di cornice edittale, perché essa è molto mite (cfr. sopra), è difficilmente replicabile all'estero, dove il sistema economico è strutturato in modo diverso. Peraltro la Svezia, avendo bassi livelli di corruzione, non necessita di una disciplina *ad hoc* particolarmente severa per la PA.

Diverso è il caso britannico, dove invece il modello unitario ha trovato fondamento storico nella necessità di reprimere le commissioni illecite nel mondo degli affari e poi è stato coerentemente mantenuto anche per meglio rispondere ai problemi posti in ambito penale dalle crescenti privatizzazioni. Anche qui la genesi ha radici profonde, e probabilmente una sua esportazione sarebbe artificiosa.

La dottrina che ha criticato con maggiore decisione i modelli unitari, con particolare riguardo al *Bribery Act*, ha sottolineato i seguenti profili di criticità: notevole ampiezza delle condotte corruttive che sconfinava nell'imprecisione, nel tentativo di adottare una definizione che si adattasse a pubblico e privato, eccessiva anticipazione della tutela, perlomeno nella

³⁷³ PERSIO, *Il reato di corruzione fra privati nell'esperienza italiana e francese: modelli di tutela a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc.11, p. 4255 ss.

³⁷⁴ Cfr. Capitoli IV e V.

corruzione privata e, sempre in questo settore, livelli sanzionatori troppo alti³⁷⁵. Si è spiegato però che nella prassi, considerata la discrezionalità dell'azione penale e il contenuto delle *Sentencing Guidelines*, queste osservazioni vengono sterilizzate. In merito alla pena, peraltro, non sembra che un livellamento delle sanzioni sia conseguenza indefettibile dell'adozione del modello unitario, dal momento che potrebbe anche ipotizzarsi un'unica definizione di corruzione con pene differenti a seconda della qualifica dell'agente; si è visto, del resto, nella disamina del *Bribery Act*, che anche in materia di corruzione nel Regno Unito è presente il dibattito in merito agli indici inerenti alla natura pubblica dell'attività, nonostante il paradigma unitario.

La disciplina britannica, comunque, al pari di quella svedese, ha delle caratteristiche "locali" molto accentuate, con riferimento non solo alla ricordata flessibilità della *prosecution*, ma anche alla stessa struttura discorsiva dei "casi" enunciati dal legislatore e alle Guide applicative dell'SFO. La profonda diversità rispetto alle legislazioni dell'Europa continentale rende il *Bribery Act* non adottabile da altri Paesi: non si tratterebbe infatti soltanto di scrivere norme simili, cosa già di per sé complessa, ma anche di applicarlo in modo equilibrato, altrimenti le conseguenze potrebbero essere sproporzionate per piccoli atti di *private bribery*, magari commessi all'estero.

Il modello unitario, nelle sue varie declinazioni (si è visto per esempio che le *rationes* sono diverse in Gran Bretagna e Svezia), è interessante per lo studio, ma non sembra possa costituire un punto di riferimento per Paesi come l'Italia dove la corruzione è stata storicamente intesa come fattispecie contro la PA e la sua diffusione in ambito amministrativo impone l'adozione di una normativa che non può ricalcare quella privata, nonostante i punti di contatto richiamati all'inizio del paragrafo.

I pregi dei modelli unitari, in conclusione, sono due: innanzitutto l'attenzione posta sulla *private bribery*, parificata, perlomeno formalmente, a quella pubblica, e poi l'ampiezza dei beni giuridici tutelati, che come si è visto sono pubblici e privati insieme, per cui la loro natura è appunto eclettica ed intermedia fra quelli privatistici, trattati nel secondo capitolo, e quelli pubblicistici, che saranno oggetto di disamina nel prossimo capitolo.

³⁷⁵ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 82 ss. e in parte MONGILLO, *La corruzione*, op. cit., p. 416 ss.

CAPITOLO IV

LA CORRUZIONE PRIVATA NEL MODELLO PUBBLICISTICO

SOMMARIO: 1. Il significato dell'espressione "modello pubblicistico". - 2. Il modello pubblicistico e la concorrenza leale: quali sono i beni realmente tutelati? - 3. Il modello pubblicistico oltre la concorrenza. - 4. La corruzione privata in Germania: una norma nata nel 1909 attuale ancora oggi. Il paragrafo 299 StGB. - 4.1. Il paragrafo 299 StGB quale modello di tutela della concorrenza...- 4.2. ...E successivo innesto della variante lealistica nel 2015. Il paragrafo 299 diventa una chimera a due teste. - 4.3. Il paragrafo 299 lascia aperti degli spazi: la corruzione del sanitario e la corruzione sportiva quali norme speciali. - 4.4. Riflessioni conclusive sul sistema tedesco: la modifica del 2015 ha ampliato gli spazi applicativi. I rapporti con l'infedeltà patrimoniale. - 5. Il sistema spagnolo: dall'assenza di una diretta criminalizzazione alla riforma del 2010. Le difficoltà interpretative. - 5.1. La riforma del 2015 supera le difficoltà interpretative. - 5.2. L'unico interesse protetto è la concorrenza. - 5.3. La corruzione sportiva in Spagna. - 5.4. L'art. 286bis del *Codigo*: norma progressista con alcune criticità. Analogie e differenze col paragrafo 299 StGB. - 6. La Francia: nel 2005 viene abrogato il vetusto art 152-6 del *Code du travail* e inserita una nuova fattispecie nel codice penale. - 6.1 L'adempimento piano degli obblighi eurounitari e il carattere plurioffensivo della nuova fattispecie. - 7. Conclusioni: l'approccio pubblicistico non risulta da solo pienamente soddisfacente. Il problema della corruzione passiva dell'imprenditore

1. Il significato dell'espressione "modello pubblicistico".

Per modello pubblicistico di contrasto alla corruzione privata si intende un sistema normativo indirizzato innanzitutto alla tutela di beni sovraindividuali: la differenza rispetto ai modelli privatistici è quindi netta, anche se in alcuni casi, per esempio in Francia e nella riforma tedesca del 2015, la protezione si estende anche al patrimonio e alle relazioni giuslavoristiche.

Nonostante il *focus* sia rivolto agli interessi collettivi, proprio come nella corruzione della PA, la codificazione non è unitaria e le fattispecie rimangono quindi ben distinte, così come l'oggetto della tutela.

Nei primi paragrafi del capitolo si tratteranno i beni protetti, con particolare riguardo alla concorrenza, che è il principale di essi ma non il solo, ragion per cui le espressioni modello pubblicistico e tutela della concorrenza attraverso il reato di corruzione privata, seppur in larga parte coincidenti, non si sovrappongono perfettamente.

Nella parte successiva si analizzeranno le legislazioni di maggior interesse (Germania, Spagna e Francia), per poi esporre le riflessioni conclusive.

2. Il modello pubblicistico e la concorrenza leale: quali sono i beni realmente tutelati?

Menzionare la concorrenza quale primo interesse protetto non spiega tutto, perché essa può essere considerata sotto diverse accezioni.

La prima è di natura "statico-istituzionale", che riguarda il numero delle imprese presenti nel mercato; in un ideale di concorrenza perfetta ciascuna di esse dovrebbe avere una quota talmente piccola da non essere in grado di influenzare il prezzo dei prodotti offerti.

La seconda, contrapposta a quella statica, concerne invece il dinamismo presente nel mercato: si fa riferimento alla possibilità di entrata per tutti gli operatori, il che presuppone l'assenza di barriere (condizione che in alcuni casi risulta utopistica) e soprattutto alla libera competizione³⁷⁶. È ben vero che ciascun imprenditore cerca naturalmente di posizionarsi nel modo migliore possibile, ma ciò deve avvenire in modo corretto.

Notevole rilievo ha anche la distinzione fra la prospettiva microeconomica e quella macroeconomica della concorrenza.

Secondo la prima, oggetto della tutela sono innanzitutto la condotta leale di tutti coloro che partecipano al mercato: la libertà di iniziativa rappresenta un'opportunità che può essere colta pienamente solo in un mercato dove la competizione avviene secondo le regole, cosa che rende necessario impedire le condotte sleali. In questo l'aspetto microeconomico tende

³⁷⁶ LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018. p. 439.

a sovrapporsi alla concorrenza dinamica, ma esso tiene conto anche di un interesse ulteriore, quello dei consumatori³⁷⁷.

È stato del resto affermato in dottrina³⁷⁸ che l'aspettativa del cliente nei confronti del venditore è che questi, nel momento in cui propone l'acquisto di un determinato prodotto, si comporti in modo obiettivo, consigliandolo per il meglio. Quando invece il venditore fa una certa raccomandazione perché ha ricevuto una tangente viene meno al suo ruolo di consulenza imparziale e tradisce la fiducia. Fermo restando che queste asserzioni sembrano eccessive, dal momento che, a ben vedere, il venditore non è un soggetto imparziale ma è parte del contratto, è però vero che il cliente non può certo supporre che il suo comportamento sia influenzato da un accordo corruttivo concluso con un terzo; è quindi accettabile la conclusione per cui, in un settore dove i dipendenti ricevono pagamenti non dovuti, il consumatore finale si troverà spesso ad acquistare beni di minore qualità ad un prezzo maggiorato, con diminuzione del suo benessere.

In conclusione la concorrenza, riguardata sotto il profilo microeconomico, è più che altro un bene strumentale, dal momento che è finalizzata a tutelare, in modo alternativo o congiunto, gli interessi delle imprese e dei consumatori.

Per l'accezione macroeconomica, invece, la concorrenza non è un bene strumentale, ma è la vera e propria struttura del mercato, è un bene finale, quello costituito dalla libera e leale competizione che deve essere apprezzata di per sé stessa³⁷⁹.

Nel dibattito relativo alla concorrenza quale bene giuridico tutelato ha quindi scarsa importanza la dimensione statica, mentre acquistano rilievo quella dinamica e gli effetti micro e macroeconomici. Quest'ultima distinzione, peraltro, non ha portata meramente teorica, dal momento che, laddove si intendesse la concorrenza quale bene strumentale, secondo appunto la concezione microeconomica, risulterebbe più difficile sostenere la necessità di una tutela in sede penale. Autorevole dottrina³⁸⁰ ha infatti rilevato che l'aggressione agli interessi strumentali dovrebbe essere criminalizzata nelle ipotesi in cui vi sia un chiaro collegamento con l'interesse finale, mentre bisognerebbe respingere tutti i

³⁷⁷ SPENA, *Punire la corruzione? Un inventario di perplessità politico criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2007, fasc. 4, p. 829-830.

³⁷⁸ DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e diritto comparato*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di Acquaroli, Milano, 2003, p. 62-63.

³⁷⁹ SPENA, *Punire la corruzione*, op. cit., p. 431.

³⁸⁰ PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 1992, p. 453 ss.

tentativi di attribuire portata offensiva alle condotte che in realtà, non aggredendo in modo apprezzabile il bene finale, dovrebbero essere estranee all'area di intervento del legislatore penale. Anche per gli interessi strumentali, in sostanza, (e probabilmente a maggior ragione), valgono quindi i proposti criteri per l'intervento della pena, cioè il carattere personalistico dell'interesse, la sua rilevanza sociale e la concretizzazione dell'offesa, che significa dannosità sociale.

Diversa consistenza rispetto agli interessi strumentali hanno invece gli interessi «diffusi, collettivi, generali ed universali»³⁸¹, che oggi «hanno assunto pieno diritto di cittadinanza fra gli oggetti della tutela penale»³⁸²; si tratta di posizioni individuali che hanno caratteristiche analoghe e pertanto vengono riunite in un unico fascio, la cui tutela deve anzi essere anticipata, dal momento che la loro aggressione può colpire un gran numero, a volte persino indeterminato, di soggetti. In concreto, per quanto riguarda gli interessi diffusi, la protezione dello strumento penale può essere indirizzata sia verso le persone *uti singuli*, sia verso i soggetti che ne sono istituzionalmente esponenziali, come ad esempio le autorità antitrust.

Tornando al tema della corruzione privata, è chiaro che considerare quale oggetto della tutela la concorrenza in senso microeconomico, e quindi strumentale, significa proteggere gli attori del mercato potenzialmente pregiudicati, i concorrenti e i consumatori. Potrebbe però ravvisarsi non nella teoria, ma nella pratica, una frizione fra questa concezione e la funzione “critica” del bene giuridico, laddove si sostenga (non a torto) che un singolo atto di corruzione, a meno che non si tratti di situazioni di eccezionale rilevanza, non mette certo in pericolo questi interessi, oltre alla difficoltà di identificare in concreto quali imprenditori diversi dal datore di lavoro del corrotto e quali consumatori sono stati danneggiati³⁸³. Questi limiti prestano quindi facilmente il fianco all'obiezione per cui una criminalizzazione del fenomeno secondo il modello pubblicistico non sarebbe accettabile e basterebbero allo scopo

³⁸¹ È questa appunto l'accezione della concorrenza nella prospettiva macroeconomica: un bene diffuso e finale.

³⁸² *Ibidem*, p. 473.

³⁸³ Il bene giuridico in senso critico, elaborato dalla tradizione liberale, viene inteso, in senso garantista, come interesse esterno e preesistente alla norma, che il legislatore sceglie di tutelare (Cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2004, p. 19 ss). Nel caso della concorrenza intesa in senso microeconomico il bene giuridico, cioè gli interessi degli altri imprenditori e dei consumatori, sono in realtà entità preesistenti, quindi sotto il profilo teorico un'incriminazione della corruzione privata in questo senso non presenta problemi, ma sembrano esservi evidenti criticità sul piano applicativo. Non sempre è infatti agevole identificare quali sono i soggetti pregiudicati, a meno naturalmente di non effettuare dei ragionamenti di natura meramente presuntiva, per cui ogni fatto di corruzione privata sarebbe “sempre” idoneo a ledere o anche solo a mettere in pericolo gli interessi di qualche concorrente o consumatore.

i classici strumenti civilistici, o al più un modello di stampo patrimonialistico e lealistico come quelli esaminati nel secondo capitolo.

A questo punto risulta comprensibile il pensiero dei sostenitori dei modelli pubblicistici.

Per loro la concorrenza deve essere intesa in senso macroeconomico: è un bene diffuso, è la struttura stessa del mercato, che appartiene a ciascun attore, imprenditore o consumatore che sia, per cui il bene giuridico tutelato risulta evidente e sono minori le difficoltà teoriche per un'incriminazione³⁸⁴. Considerati la diffusione del bene, la sua importanza e il fatto che normalmente gli accordi corruttivi vengono stretti per essere poi eseguiti, secondo questa tesi è possibile prescindere dalla prova del danno, potendo la corruzione privata configurarsi quale reato di pericolo astratto.

Anche nei confronti di queste tesi non sono mancate le critiche³⁸⁵ secondo le quali la concorrenza, di per sé stessa, non potrebbe essere offesa. Le conseguenze di queste posizioni sono o lo scetticismo verso una fattispecie di corruzione privata³⁸⁶, oppure la convinzione che essa debba essere indirizzata verso la tutela di interessi meramente privatistici o ancora che è accettabile la tutela della concorrenza in senso però microeconomico, con la previsione ulteriore della necessità di provare il danno effettivamente subito da uno dei concorrenti o dai consumatori.

Come si vede, il modello volto alla tutela della concorrenza è quello che ha dato luogo a maggiori problemi in relazione alla consistenza del bene giuridico protetto, non essendo del tutto chiaro se questo debba concretizzarsi nella lesione di interesse specificamente individuabili (riferibili ad un concorrente o un consumatore identificato in concreto) o piuttosto in un bene diffuso che costituisce caratteristica strutturale del mercato.

Una mediazione fra queste due posizioni potrebbe essere forse ricercata nella teoria per la quale più che di bene giuridico sarebbe opportuno parlare di programmi di tutela, per cui la funzione del diritto penale è quella di apprestare una «base di sostegno» alle scelte

³⁸⁴ LA ROSA, *Corruzione*, p. 448-449.

³⁸⁵ Cfr. per esempio SPENA, *Punire la corruzione*, *op. cit.*, DE LA CUESTA, BIANCO CORDERO, *La criminalizzazione*, *cit.*, JACQUES, *Die bestechungstatbestände unter besonderer berücksichtigung des verhältnisses des §331 StGB zu §12 UWG*, Francoforte 1996, citato da DE LA CUESTA, BIANCO CORDERO, *La criminalizzazione*, *op. cit.*, VOGEL, *La tutela penale*, *op. cit.*

³⁸⁶ Cfr. SPENA, *Punire la corruzione*, *op. cit.*, per il quale la tutela della concorrenza ha motivazioni più che altro moralistiche, oltre ad essere sproporzionata, in considerazione anche del fatto che condotte ben più gravi, come le intese restrittive della concorrenza, vengono sanzionate in via esclusivamente amministrativa. Questi, come si vedrà nel prossimo capitolo, sembra però avere in parte abbandonato lo scetticismo a priori in materia di incriminazione della corruzione privata, non tralasciando però di esaminare in maniera critica gli interventi del legislatore italiano.

programmatiche del legislatore nei «*settori della vita sociale*»³⁸⁷, senza la quale non sarebbe possibile raggiungere gli obiettivi che l'ordinamento stesso si è dato; in mancanza dell'intervento penale, perlomeno in alcuni ambiti, mancherebbero le basi per costruire il resto del sistema normativo³⁸⁸. Traslando questo pensiero all'oggetto del presente lavoro si potrebbe sostenere che, laddove il legislatore, nazionale o eurounitario, intende garantire la libera concorrenza, la criminalizzazione della corruzione privata *market-oriented* può ben essere uno degli elementi necessari per completare il programma.

Sembra comunque preferibile adottare, in senso più tradizionale, una nozione di concorrenza quale bene giuridico diffuso in senso macroeconomico, piuttosto che come programma di tutela; si comprende in tal modo che la prospettiva di sanzionare la sua lesione attraverso una fattispecie di corruzione privata risulta corretta.

Nonostante sia senz'altro vero che un singolo accordo criminoso non è, tranne sporadiche eccezioni, di per sé solo idoneo a ledere il corretto funzionamento del mercato, è necessario considerare gli effetti che questi episodi possono provocare per accumulo³⁸⁹: proprio a causa delle possibili conseguenze della ripetizione seriale non è solo legittimo, ma è anche opportuno, configurare la fattispecie quale reato di pericolo, anticipando così la soglia dell'intervento penale senza confliggere col principio di offensività. Del resto, come abbiamo visto, anche i modelli privatistici, che tutelano solo gli interessi di particolari soggetti, non prevedono il nocumento. Quanto poi all'argomentazione per la quale sarebbe incongruo stabilire una pena per fatti di lieve entità a fronte di sanzioni amministrative, si pensi a quelle irrogate dalle autorità antitrust nazionali e comunitarie per intese restrittive della concorrenza di ampia portata, ci si limita a richiamare quanto già affermato nel secondo capitolo³⁹⁰ in merito al disvalore che l'ordinamento attribuisce ai fatti lesivi della libertà negoziale connotati da corruzione; a rilevare è quindi la modalità dell'aggressione.

A questo punto occorre, seppur brevemente, considerare gli effetti che la corruzione privata può provocare.

Si possono citare, per quanto riguarda il complessivo funzionamento del mercato, la cattiva allocazione delle risorse verso chi opera in modo scorretto a svantaggio di chi invece rispetta le regole, che può persino diventare danno sistemico, laddove cresca la percezione

³⁸⁷ G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 57-58.

³⁸⁹ Per quanto riguarda gli effetti della corruzione privata sul mercato cfr. *infra*.

³⁹⁰ Cfr. par.1.

che solo chi paga tangenti ha la possibilità di concludere contratti vantaggiosi; può risentirne il tasso di crescita del Paese, con conseguenti minori entrate fiscali, può aumentare il flusso dei fondi “neri” destinati al pagamento delle tangenti e in generale possono essere pregiudicati la qualità dei prodotti, lo sviluppo e l'efficienza.

Per quanto concerne invece le singole imprese, se il mercato è corrotto quelle che non pagano tangenti rischiano di essere penalizzate se non espulse, di perdere opportunità e il personale più qualificato con conseguente depauperamento del capitale umano; le imprese disposte invece ad accordi criminosi, se scoperte, sono esposte a rischi reputazionali³⁹¹.

I consumatori, infine, come detto nelle pagine precedenti, rischiano di avere a disposizione prodotti più scadenti a un prezzo più alto.

3. Il modello pubblicistico oltre la concorrenza.

Gli effetti della corruzione privata sul mercato, fin qui esposti, non spiegano però completamente il modello pubblicistico; all'inizio del capitolo si era infatti avvertito che esso non può identificarsi completamente nel buon andamento del sistema economico, ma comprende, in un'accezione più ampia, la tutela di ulteriori beni sovraindividuali.

Ciò si comprende già dalla disamina degli strumenti sovranazionali in materia³⁹²: nel Preambolo della Convenzione del Consiglio d'Europa si sottolinea che la corruzione rappresenta una minaccia non solo per la concorrenza e lo sviluppo economico, ma anche per lo stato di diritto, la democrazia, i diritti dell'uomo, la stabilità delle istituzioni e i fondamenti morali della società; gli stessi valori, seppur con espressioni leggermente diverse, sono enunciati nel Preambolo della Convenzione dell'ONU. Si potrebbe obiettare che i due strumenti menzionati conferiscono notevole enfasi a questo profilo perché sono primariamente incentrati sul contrasto alla corruzione in ambito pubblico, ma è pur vero che un accenno alla minaccia allo stato di diritto si rinviene anche nel nono “considerando” della Decisione quadro eurounitaria, dedicata in via esclusiva alla corruzione privata.

In questo senso parte della dottrina ha rinvenuto delle similitudini fra la corruzione pubblica e quella privata, perché in entrambi i casi vi sarebbe una «vendita di funzioni inerenti a un centro di potere»: da ciò discende la necessità di sanzionare il mercimonio della

³⁹¹ BERENQUER PASCUAL, *El delito de corrupcion en los negocios*, Madrid, 2020, p. 61-63.

³⁹² Per un approfondimento si rimanda alla seconda parte del Capitolo I.

funzione qualora possa pregiudicare «gli interessi dei cittadini»³⁹³. La corruzione privata, in questo senso, non tocca soltanto il mercato, ma anche e prima di tutto il corretto esercizio del potere, per cui la criminalizzazione ha la funzione di favorirne l'esercizio in modo trasparente.

Ciò rimanda non solo alla tematica della tutela dei soggetti "esclusi" dal controllo della relazione fra agente e principale³⁹⁴, analizzata nel primo capitolo³⁹⁵, ma anche alla più generale tendenza a moralizzare i costumi attraverso la legislazione penale³⁹⁶: il che significa affermare, in sostanza, che la corruzione privata deve essere criminalizzata sia perché lede interessi collettivi di varia natura, sia perché, in radice, è sinonimo di cattivo esercizio del potere ed è sbagliata. Mentre nei modelli privatistici si discute della violazione della fedeltà nell'ambito delle relazioni giuslavoristiche fra soggetti determinati, nell'approccio pubblicistico la tutela è rivolta verso soggetti indeterminabili a priori e la trasparenza nell'esercizio del potere emerge quale interesse rilevante.

Altra dottrina sottolinea il rischio che la corruzione privata comprometta la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e faccia sorgere la percezione di una generale impunità, col rischio di arrivare a compromettere in modo indiretto il funzionamento della PA: si tratta, in sostanza, di un «circolo vizioso di sfiducia che si autoalimenta»³⁹⁷.

Per un'ulteriore opinione, infine, l'obiettivo della criminalizzazione della corruzione privata sarebbe quello di proteggere la delega delle funzioni nell'economia³⁹⁸: si tratta di una tesi che pecca per astrattezza, a meno che non si intenda dare esclusivo rilievo alle relazioni giuslavoristiche e allora sarebbe solo una espressione del pensiero lealistico. Se riferita invece al sistema economico nel suo complesso non ha reale capacità esplicativa.

Quanto sin qui esposto dimostra due cose: innanzitutto che l'approccio privatistico non è in grado di affrontare la materia in modo completo, e poi che il modello pubblicistico non può essere ridotto al dibattito sul rapporto tra corruzione privata e concorrenza, benché quest'ultimo ne sia l'oggetto principale.

³⁹³ CLERICI, *La Corruzione tra privati*, Capitolo Primo, Vicalvi, 2017.

³⁹⁴ FORTI, *La corruzione tra privati*, *op.cit.*

³⁹⁵ Cfr. par.3.

³⁹⁶ MAZZOTTA, *Corruzione tra privati*, intervento al convegno "Il contrasto alla corruzione: le prospettive aperte dopo la legge 6 novembre 2012, n.190", Roma, 17 aprile 2013.

³⁹⁷ BERENQUER PASCUAL, *El delito*, *op. cit.*, p. 64.

³⁹⁸ JACQUES, *Die Bestechungstatbestände*, *op. cit.*

A questo punto si procederà alla disamina dei modelli maggiormente aperti alla tutela della concorrenza, quelli tedesco e spagnolo, per concludere con la legge di riforma francese, che ha un approccio di tipo eclettico.

4. La corruzione privata in Germania: una norma nata nel 1909 attuale ancora oggi. Il paragrafo 299 StGB

In Germania la corruzione privata fu criminalizzata per la prima volta nel paragrafo 12 dell'*Unfair Competition Act* (UWG).

Benché questo testo risalga al 1896 e già al momento della sua approvazione vi fosse la consapevolezza delle distorsioni che le tangenti nel settore privato comportavano per l'impresa dove era impiegato il corrotto sotto forma di *kickbacks* (il sovrapprezzo pagato, dal momento che il corruttore tende naturalmente ad aumentare il prezzo della prestazione in misura almeno pari alla tangente corrisposta), il paragrafo 12 fu introdotto soltanto alcuni anni dopo, nel 1909.

Come si vede, si tratta di un percorso coevo a quello intrapreso dalla Gran Bretagna esaminato nel capitolo precedente, dove la prima incriminazione risale al 1906; il fatto che le due economie europee allora più sviluppate avessero deciso di contrastare la *private bribery* con norme penali non pare casuale, anche se le prospettive non erano perfettamente coincidenti.

Mentre infatti nel Regno Unito l'attenzione era rivolta alla proliferazione delle commissioni illecite e occulte percepite nel mondo degli affari e la tendenza iniziale, portata poi a compimento col *Bribery Act* del 2010, è stata la preferenza verso un modello unitario, la legislazione tedesca si è focalizzata sulla tutela della concorrenza, con un approccio che metteva in ombra la violazione delle relazioni fiduciarie fra dipendente e datore di lavoro; è inoltre sempre rimasta ferma la distinzione fra corruzione pubblica e privata, con la previsione per quest'ultima di pene decisamente più lievi (massimo un anno di reclusione oltre alla multa). Nonostante queste differenze, parte della dottrina sottolinea che il legislatore tedesco aveva tratto ispirazione dall'Act inglese del 1906³⁹⁹.

³⁹⁹ HELFER, *La lotta alla corruzione, La lotta alla corruzione: riflessioni dall'esperienza germanica ed austriaca*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, fasc.3, p. 486.

Il paragrafo 12 trovò nella pratica scarsa applicazione e fu di portata più che altro simbolica⁴⁰⁰.

Nel 1997 la norma venne trasposta nel codice penale, al paragrafo 299, con una conseguente maggiore visibilità alla quale si accompagnò la crescita del numero dei procedimenti. L'intervento del legislatore si iscrive in una generale revisione del diritto penale dell'economia, che nacque nel 1949 con l'intento di sanzionare le violazioni della pianificazione statale e in seguito, a partire da una riflessione maturata nel corso degli anni '70, venne orientato alla tutela di beni collettivi, con particolare riguardo, per quello che qui interessa, della concorrenza⁴⁰¹. Notevole importanza ha avuto il processo di privatizzazione, che in Germania come negli altri Paesi ha avuto natura sia formale (l'attività svolta in passato dagli enti pubblici compete ad enti organizzati in forme privatistiche, ma sempre in mano pubblica. Per queste fattispecie la giurisprudenza ha sovente continuato a ritenere applicabile la corruzione dei pubblici ufficiali), sia sostanziale (le funzioni una volta pubbliche vengono esercitate da enti privati non solo di diritto, ma anche di fatto, ed è proprio riguardo a quest'ultimo aspetto che si pone il problema di sanzionare la corruzione privata).

Sempre nel 1997 il legislatore ha proceduto a riformulare la corruzione dei pubblici ufficiali, anche a seguito delle proposte provenienti dal Congresso dei Giuristi tedeschi tenutosi l'anno precedente⁴⁰²; le modifiche in materia di corruzione privata furono invece marginali, ed è proprio per questo che si è parlato di trasposizione: il nucleo del fatto illecito rimase lo stesso, con l'aggiunta del rilievo penale dell'utilità indebita qualora data o promessa anche per interposta persona, il reato divenne perseguibile d'ufficio in talune circostanze che saranno menzionate in seguito, furono inserite delle circostanze aggravanti, la pena massima venne portata da uno a tre anni di reclusione e furono previste la confisca allargata e la pena patrimoniale⁴⁰³, quest'ultima dichiarata poi illegittima per difetto di determinatezza.

In seguito il paragrafo 299 fu ulteriormente modificato nel 2002, nell'intento di renderlo più aderente all'abrogata Azione comune eurounitaria del 1998, oggi come sappiamo

⁴⁰⁰ UBERHOFEN, *Germany*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di Heine, Huber, Rose, Freiburg, 2003, p. 120 ss.

⁴⁰¹ TIEDEMANN, *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, fasc.1, p. 2 ss.

⁴⁰² Per le modifiche intervenute in materia di corruzione pubblica nel 1997 si rimanda per esempio a MAINWALD, *La disciplina della corruzione, nella Repubblica Federale Tedesca*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di FORNASARI, LUISI, Milano, 2003, p. 273 ss.

⁴⁰³ VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 75 ss.

sostituita dalla Decisione quadro del 2003: secondo l'opinione maggioritaria la norma si applicava indifferentemente alle imprese tedesche o straniere, purché però fosse messa in pericolo la concorrenza nel solo mercato interno; fu allora aggiunto il riferimento alla concorrenza internazionale, in modo da estenderla anche alle offese nell'ambito del mercato comune e darle respiro sovranazionale⁴⁰⁴.

Oggi il paragrafo 299 al comma 1 n. 1 prevede che: “è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa chi, in qualità di impiegato o di incaricato di un'impresa che opera nel mondo degli affari, si lascia promettere o accetta una utilità per sé o per un terzo come controprestazione per preferire in modo sleale un altro soggetto in relazione all'acquisto di merci o ad altre prestazioni professionali soggette alla concorrenza interna o internazionale” (corruzione passiva); in modo speculare è sanzionata la corruzione attiva⁴⁰⁵ e quindi la norma è strutturata secondo lo schema del reato unilaterale, che abbiamo visto essere quello più diffuso.

Il successivo paragrafo 300 prevede alcune circostanze aggravanti al verificarsi delle quali la pena può essere aumentata fino a cinque anni: la rilevante entità del vantaggio (per valutare questo aspetto la giurisprudenza fa ricorso ad un criterio casistico), il fatto che il corrotto e il corruttore abbiano agito professionalmente o facciano parte di un'associazione composta da almeno tre persone e costituita per l'occasione.

La procedibilità è a querela, ma è possibile che l'azione penale venga esercitata d'ufficio qualora esista un interesse pubblico, che può derivare sia dalle qualità personali dei soggetti coinvolti, per esempio se pregiudicati, sia dai caratteri oggettivi del fatto, ovvero le sue dimensioni e la natura delle imprese ad esso collegate. Legittimati a sporgere querela non sono soltanto i datori di lavoro dei dipendenti corrotti, ma anche le imprese concorrenti che sono state lese, le camere di commercio, le associazioni professionali ed altre associazioni con personalità giuridica, purché un rilevante numero dei loro membri venda prodotti simili a quelli oggetto del *pactum sceleris*; è inoltre possibile proporre un'azione penale privata davanti al giudice penale senza la presenza del pubblico ministero⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ UBERHOFEN, *Germany, op. cit.*, p.126-127.

⁴⁰⁵ Viene sanzionata allo stesso modo la condotta di chi offre, promette o assicura ad un impiegato o ad un incaricato di un'impresa, per questi o per un terzo, una utilità come controprestazione per venire da lui preferito in modo sleale in relazione all'acquisto di merci o ad altre prestazioni professionali soggette alla concorrenza interna o internazionale.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 134 ss.

Già da una prima lettura si evince con chiarezza che il bene giuridico tutelato è la concorrenza, anche se come si vedrà non sono mancate ricostruzioni alternative, alcune delle quali con sfumature sottili.

I soggetti attivi sono il dipendente (*angestellter*) e l'incaricato (*beauftragter*). Alla qualifica di dipendente, peraltro, secondo le interpretazioni di dottrina e giurisprudenza, non possono essere sussunti tutti i lavoratori subordinati, ma soltanto quelli che dispongono di un potere decisionale conferito loro dal datore di lavoro, con la conseguente esclusione di chi svolge mansioni d'ordine o materiali; sono dipendenti, ai sensi della norma, anche i soggetti investiti di funzioni direttive e i membri del consiglio di amministrazione e di gestione delle società. Gli incaricati sono invece persone con una posizione intermedia fra i dipendenti e l'imprenditore, in grado di influire sulle decisioni di quest'ultimo e che godono di una certa autonomia d'azione. Si tratta per esempio dei membri del collegio sindacale, dei liquidatori, dei consulenti quali architetti, ingegneri, degli appaltatori⁴⁰⁷. Queste figure, pur non essendo inserite nella struttura gerarchica dell'impresa, tuttavia collaborano con essa e ciò indica la volontà del legislatore di espandere per quanto possibile la platea dei soggetti attivi; nonostante la tipizzazione sia come vedremo meno precisa rispetto alla normativa italiana (art. 2635 c.c.) nella pratica la legislazione tedesca raggiunge degli effetti non dissimili.

La norma in commento non prevede comunque la corruzione passiva dell'imprenditore; secondo una tesi minoritaria la punibilità dell'imprenditore potrebbe evincersi in via interpretativa, dilatando la nozione di *angestellter*, ma questo sembra una forzatura. Più coerente al dettato legislativo è invece l'opinione di chi prende atto di questo limite, ritenendo la scelta consona agli obblighi di incriminazione eurounitari⁴⁰⁸; questa dottrina definisce la scelta discutibile ma, come si chiarirà alla fine del capitolo, una sanzione generalizzata della corruzione passiva dell'imprenditore non pare congrua e sarebbe opportuno prevederla in casi limitati. Ad ogni modo, il fatto che la legislazione tedesca che come si vedrà, insieme a quella spagnola, è oggi quella maggiormente orientata alla tutela della concorrenza, non preveda quanto sopra, indica in modo chiaro che, per l'opinione maggioritaria invalsa anche a livello internazionale, nel settore privato l'imprenditore può essere, a parte alcuni casi, considerato autore del reato solo nella corruzione attiva. Paradossalmente una normativa

⁴⁰⁷COSTA, *Il reato di corruzione nei rapporti commerciali in Germania alla luce della riforma del 2015. Una disamina comparatistica del § 299 dello Strafgesetzbuch*, in *Giurisprudenza penale*, n. 5, 2019; SCALIA, *La corruzione. A never ending history*, Torino, 2020, p. 235-236.

⁴⁰⁸ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 97.

quale il *Bribery Act*, di natura eclettica e oggetto delle critiche dottrinali riportate nel capitolo precedente⁴⁰⁹, si mostra, almeno in linea di principio, più aperta al rilievo penale della corruzione passiva dell'imprenditore, anche se pure in questo caso sul versante passivo il testo è in modo primario focalizzato sui dipendenti.

La tutela data dal paragrafo 299 è anticipatoria, in quanto il reato è consumato anche a seguito di condotte quali la richiesta, l'accettazione e la promessa; manca però, a differenza del *Bribery Act* e delle normative francese, spagnola e italiana, la tipizzazione della semplice sollecitazione, dal che potrebbe sostenersi che la richiesta si debba sostanziare in un *quid pluris* rispetto a una semplice condotta sollecitatoria e questo potrebbe essere incoerente con quanto richiede la Decisione quadro.

Il concetto utilità (*vorteil*) deve essere inteso in senso lato e può comprendere beni materiali o giuridici, col limite dell'adeguatezza sociale: in sostanza i donativi d'uso non hanno rilievo penale⁴¹⁰, con l'avvertenza però che detto limite deve essere inteso in senso più stringente per i pubblici ufficiali. È prevista solo la corruzione antecedente e inoltre la dazione deve essere causalmente ricollegata ad uno o più specifici atti o omissioni da parte del corrotto⁴¹¹: non è configurabile, in sostanza, una corruzione per l'esercizio della funzione come quella prevista dall'art.318 del codice penale italiano per i pubblici ufficiali, con la conseguenza che non assumono rilievo tutte quelle utilità date al dipendente, anche all'insaputa del datore di lavoro, allo scopo di creare un clima favorevole allo svolgimento degli affari e magari anche a fatti di corruzione.

Come si è detto il paragrafo 299 prevede in modo esplicito che il comportamento del dipendente debba essere connotato da una nota di slealtà: ciò è stato mutuato dal diritto inglese ante 2010, ai sensi del quale in effetti la condotta doveva svolgersi "*corruptly*"⁴¹²; il legislatore tedesco ritenne, già a partire dal 1909, che questa clausola fosse idonea a discernere fra le condotte lecite e quelle illecite, ma in realtà ha provocato alcuni fraintendimenti, tanto è vero che nel *Bribery Act* non la si rinviene più, mentre sussiste ancora nel paragrafo 299.

⁴⁰⁹ Cfr. par.2.6.

⁴¹⁰ COSTA, *Il reato di corruzione*, op. cit., p. 6.

⁴¹¹ SCALIA, *La Corruzione*, op. cit., p. 237.

⁴¹² UBERHOFEN, *Germany*, op. cit., p. 130.

Nonostante il ruolo centrale che riveste, il significato di slealtà ha dato luogo a diverse interpretazioni⁴¹³.

Secondo una prima tesi si tratterebbe di una clausola pleonastica, ma ciò non pare corretto, dal momento che, espungendo la slealtà dal dettato normativo, si potrebbe ritenere sanzionata anche la corruzione propria e non soltanto quella impropria; per altra interpretazione è un concetto che dovrebbe essere riempito di significato con l'ausilio di altre disposizioni di natura extrapenale, in particolare quelle dell'*Unfair Competition Act* (UWG), il che equivale a dire che il paragrafo 299 è almeno in parte una norma penale in bianco; per altra lettura ancora, la slealtà coinciderebbe col trattamento favorevole che il corrotto accorda al corruttore in cambio della tangente, dandogli qualcosa a cui non avrebbe avuto diritto. Un'ultima tesi sostiene invece che debba essere riferita al fatto che il corrotto viola i suoi doveri nei confronti del datore di lavoro; questa interpretazione in linea meramente teorica potrebbe essere plausibile, dal momento che il dipendente che riceve una tangente all'insaputa del principale viene meno al rapporto di fiducia, elemento che abbiamo visto essere il fulcro del modello lealistico. Nella norma in commento, però, ciò non è sostenibile: essa infatti non richiede affatto la violazione dei doveri, della fiducia o il danno patrimoniale, ma è incentrata sulla tutela della concorrenza nella dimensione nazionale e, a partire dalla novella del 2002, anche internazionale. Ciò è in effetti distonico rispetto a quanto previsto dagli strumenti sovranazionali ed è stato alla base delle motivazioni della riforma del 2015.

In definitiva può accogliersi l'interpretazione⁴¹⁴ per la quale la slealtà andrebbe riferita ai concorrenti che sono stati pretermessi dall'accordo corruttivo: si pensi al già citato esempio del dipendente dell'ufficio acquisti che preferisce il fornitore che gli paga la tangente anziché quello che offre condizioni migliori; questa impostazione è conforme sia al dettato normativo sia al bene giuridico tutelato.

4.1. Il paragrafo 299 StGB quale modello di tutela della concorrenza...

Il bene tutelato è senz'altro l'elemento di maggior interesse riguardo al paragrafo 299, che ha dato luogo a diverse tesi dottrinali⁴¹⁵.

⁴¹³ Cfr. VOGEL, *La tutela penale, cit.*, p. 91-92, SCALIA, *La Corruzione, op. cit.*, p. 238-239.

⁴¹⁴ COSTA, *Il reato di corruzione, op. cit.*, p. 7.

⁴¹⁵ Cfr. LA ROSA, *Corruzione, op. cit.*, p. 90 ss., SCALIA, *La Corruzione, op. cit.*, p. 232 ss., UBERHOFEN, *Germany, op. cit.*, p. 125 ss.

Occorre peraltro premettere che per la tesi maggioritaria il reato è di pericolo astratto, dal momento che per la consumazione non è richiesta la verifica del danno, anche se come si è visto sopra l'anticipazione trova un limite nella previa individuazione degli atti oggetto del *pactum sceleris*. La dottrina tedesca ritiene giustificata questa interpretazione alla luce del fatto che la corruzione è potenzialmente in grado di danneggiare le imprese sul libero mercato⁴¹⁶.

Secondo l'opinione maggioritaria la fattispecie ha l'obiettivo di tutelare la concorrenza, specialmente sotto il profilo macroeconomico, quindi la posizione delle imprese concorrenti, più che dei consumatori, che invece nel modello svedese ricevono un'attenzione prioritaria⁴¹⁷; ciò trova risponda nella menzione esplicita nel testo della concorrenza nazionale e internazionale e nella collocazione della norma nel codice penale nella sezione dei reati a protezione della concorrenza.

Nell'ottica del legislatore tedesco, peraltro, la corruzione non è un fatto meramente economico, ma ha anche delle implicazioni etiche e questo è stato sottolineato dalla trasposizione del paragrafo 12 della UWG nel codice penale⁴¹⁸; ciò richiama quanto detto all'inizio del capitolo, nel senso che i modelli pubblicistici possono essere posti anche a presidio di beni ulteriori rispetto alla sola correttezza delle relazioni commerciali. Questa tesi ha quale principale corollario l'indifferenza nei confronti dell'eventuale consenso dell'imprenditore alla percezione della tangente: egli non può conferire carattere lecito alla condotta corruttiva e ciò si evince anche *a contrario* da quanto si dirà nel prossimo paragrafo in merito alla nuova variante lealistica. La posizione del datore di lavoro non risulta peraltro influente, in quanto questi potrebbe attivare lo strumento penale sporgendo querela, ma non è il solo soggetto legittimato (cfr. sopra).

Secondo una interpretazione con sfumature in parte differenti, ad essere protetto non sarebbe il bene pubblicistico della concorrenza in sé stesso, presidiato dalle sanzioni amministrative della UWG, ma la protezione dei concorrenti e quindi in definitiva dei loro interessi patrimoniali, in un'accezione più concreta e microeconomica.

Per ulteriori opinioni, sempre di stampo pubblicistico, la corruzione privata andrebbe invece a colpire le relazioni fra dipendente e principale, in un'accezione che trascende però

⁴¹⁶ MAINWALD, *La disciplina della corruzione, nella Repubblica Federale Tedesca*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali* a cura di Fornasari, Luisi, Milano, 2003, p. 284.

⁴¹⁷ Cfr. Capitolo III par.3.

⁴¹⁸ HUBER, *Il sistema tedesco di lotta alla corruzione*, op. cit., p. 507 ss.

il rapporto fiduciario giuslavoristico: si fa riferimento alla tesi di Jacques, riportate all'inizio del capitolo e che come detto risulta astratta, per cui ad essere lesa sarebbe lo stesso modello di organizzazione del lavoro e la delega di funzioni.

Un'altra visione che pecca ugualmente per astrattezza richiama il pregiudizio alla cooperazione fra le imprese sul mercato, sottolineando che la concorrenza viene danneggiata nel momento in cui il dipendente riceve una tangente tenendone all'oscuro il datore di lavoro (che potrebbe allora prestare il consenso, ma ciò pare contrario alla *ratio* della norma, per cui dovrebbe invece escludersi la possibilità per l'imprenditore di autorizzare il *pactum*) oppure quando il corrotto, che dovrebbe trattare le proprie controparti sulla sola base delle leggi del mercato, favorisce una di queste a seguito della ricezione dell'utilità indebita.

Si è inoltre sostenuto, coerentemente col fatto che corruzione attiva e passiva sono differenti fattispecie, che la prima lede la libera concorrenza, dal momento che in effetti il corruttore non ha alcun obbligo nei confronti del datore di lavoro del corrotto, mentre la seconda le relazioni fra dipendente e principale. Questa tesi trova però un limite nel fatto che nella norma in commento non si rinviene alcun riferimento alla violazione dei doveri.

Un ultimo orientamento, in modo forse più perspicuo, ha sostenuto la tesi privatistica sull'assunto che, altrimenti, non sarebbe possibile spiegare la circostanza aggravante di cui al successivo paragrafo 300, cioè la verifica di un danno di rilevante entità: il bene protetto sarebbe allora il patrimonio⁴¹⁹. L'opinione in commento, nel criticare il requisito della slealtà in quanto indeterminato, auspica una riformulazione della norma, in modo da chiarire che la lesione della concorrenza non può essere considerata di per sé stessa, ma in funzione del danno economicamente valutabile che determina in capo alle imprese escluse dal contratto o al datore di lavoro del corrotto. Da qui discende anche la critica della perseguibilità d'ufficio del reato.

Sembra comunque preferibile la tesi per la quale la fattispecie è posta innanzitutto a tutela della concorrenza, intesa sotto il profilo macroeconomico: quanto detto si deduce essenzialmente dal fatto che manca ogni riferimento alla violazione dei doveri da parte del corrotto. Ciò non significa peraltro che non possano esservi ulteriori interessi protetti, quali quelli del datore di lavoro del dipendente infedele e delle imprese concorrenti, che infatti hanno la facoltà di sporgere querela e di attivare un'azione privata dinanzi al giudice penale, anche qualora il pubblico ministero non ravvisi l'interesse pubblico per procedere d'ufficio.

⁴¹⁹ VOGEL, *La tutela penale, op. cit.*, p. 92.

Di conseguenza la concorrenza come sopra intesa, pur rivestendo un ruolo preminente, non esclude beni giuridici di natura patrimoniale; si potrebbe anche sostenere che il paragrafo 299 tuteli anche i consumatori, ma a differenza di quanto accade in Svezia si tratta di un mero interesse riflesso.

4.2. ...E successivo innesto della variante lealistica nel 2015. Il paragrafo 299 diventa una chimera a due teste.

Come si è visto, le norme appena esaminate di cui al paragrafo 299 non prevedono la lesione del rapporto fiduciario fra agente e principale: questo costituiva un *unicum* nelle norme in materia di corruzione privata⁴²⁰, indicante la volontà del legislatore di attribuire rilievo prioritario alla lesione della concorrenza.

Il diritto penale tedesco della corruzione privata ha però subito delle modifiche a seguito dell'introduzione della Decisione quadro eurounitaria⁴²¹ dove la *private bribery* postula la violazione dei doveri da parte del corrotto, ricostruzione condivisibile.

Allo scopo di allineare il codice penale a quanto richiesto a livello sovranazionale, già nel 2007 era stata proposta una modifica al paragrafo 299 per comprendere il caso della violazione dei doveri⁴²². Le maggiori sollecitazioni per una revisione vennero peraltro non dalla Commissione Europea, come nel caso dall'Italia, ma dal GRECO che, nel terzo ciclo di valutazione della conformità con gli articoli 7 e 8 della Convenzione dell'OCSE, mise in luce alcuni elementi critici.

Si rilevava che la norma tedesca aveva un ambito applicativo più ristretto rispetto a quanto richiesto dalla Convenzione, in quanto faceva riferimento ai soli acquisti di beni e servizi, anziché a tutte le transazioni economiche; altro elemento era la perseguibilità a querela, tranne nei casi di particolare interesse pubblico, cosa che nei fatti avrebbe potuto comportare (come in effetti comporta ancora oggi, visto il limitato numero di procedimenti) una scarsa applicazione del paragrafo 299. La critica più radicale concerneva però la mancanza di ogni riferimento alla violazione dei doveri, richiesta espressamente dalla Convenzione e peraltro anche dalla Decisione quadro⁴²³. La Commissione Europea, dal canto suo, nello EU Anti Corruption Report del 2014⁴²⁴ si limitava a riprendere le

⁴²⁰ Fino alla riforma spagnola del 2015 (cfr. infra).

⁴²¹ Cfr. Capitolo I par.12.

⁴²² COSTA, *Il reato di corruzione*, op. cit., p. 2.

⁴²³ Cfr. la relazione sul sito www.coe.int.

⁴²⁴ Cfr. p. 6-7 del rapporto.

raccomandazioni del GRECO, soprattutto quelle in ordine alla difficoltà di provare la lesione della concorrenza e all'opportunità di ampliare l'ambito di applicazione oltre le relazioni commerciali.

Fu così che nel 2015 il legislatore tedesco procedette a modificare la norma, aggiungendo una "variante lealistica".

Si potrebbe dire, in senso lato, che la Germania ha inizialmente mantenuto una normativa coerente con l'art.2 della Decisione quadro, il quale conferiva a ciascuno Stato, con decorrenza dal 22 luglio 2005, la facoltà di limitare l'applicazione di questo strumento alle condotte suscettibili di comportare una lesione della concorrenza. In realtà, a parte il fatto che la Germania non risulta essersi avvalsa di questa clausola, le modifiche sono intervenute cinque anni dopo la scadenza del termine ultimo. E' pertanto più corretto sostenere che il legislatore ha inteso ampliare lo spazio applicativo della corruzione privata, nel tentativo di impedire che alcuni fatti restassero impuniti a causa della difficoltà di provare la lesione, o anche solo la messa in pericolo, della concorrenza.

Anche le nuove norme prevedono la corruzione attiva e passiva. Quest'ultima sanziona la condotta dell'impiegato o dell'incaricato che, senza il consenso della società, chiede, accetta una promessa o assume un vantaggio per sé o per terzi come controprestazione per il compimento o l'omissione di un atto relativo all'acquisto di merci o servizi in violazione dei suoi doveri nei confronti dell'impresa; in modo speculare è sanzionata la corruzione attiva.

A seguito delle modifiche intervenute nel 2015 il paragrafo 299 è dunque così strutturato: il primo comma che tipizza la corruzione passiva (al n.1 la norma a tutela della concorrenza, esaminata nel paragrafo precedente, al n.2 la variante lealistica che sarà adesso discussa) e il secondo comma inerente alla corruzione attiva di identico contenuto; le pene e le circostanze aggravanti sono le medesime e pertanto può dirsi che oggi il paragrafo 299 disciplina quattro fattispecie diverse.

Si è anche rilevato che oggi la struttura della corruzione privata tedesca tende a somigliare a quella della corruzione pubblica di cui ai paragrafi 331-334, dal momento che vengono punite le medesime condotte afferenti ai lati attivo e passivo⁴²⁵.

⁴²⁵CAMPLANI, *Anti-corruption in Germany, among the public and the private sector. The contribution of (and to) European law*, in *The S.I.P.P.A.S. project*, a cura di DE VITA, Bari, 2021, p. 272-273..

Dalla novella del 2015 non possono desumersi riferimenti alla concorrenza, che dunque non è tutelata; lo scopo delle nuove norme è quindi la protezione delle relazioni fiduciarie fra il dipendente e il datore di lavoro e non si richiede la verifica di un danno al patrimonio. Il presupposto può essere quindi la violazione di norme giuslavoristiche, contrattuali, persino dei codici etici aziendali o di istruzioni impartite oralmente in cambio della dazione o della promessa di una utilità non dovuta; secondo una interpretazione particolarmente restrittiva potrebbero integrare il reato anche quei doni di modesta entità che in precedenza erano socialmente accettati, se dati con l'intento di indurre il ricevente ad una *breach of duty*⁴²⁶. Per quanto riguarda i soggetti attivi vale quanto detto nel precedente paragrafo e si sottolinea ancora una volta che è esclusa la corruzione passiva dell'imprenditore.

Sotto alcuni aspetti le nuove norme hanno una portata più ampia delle precedenti, perché sono idonee a sanzionare fatti di corruzione privata che avvengono al di fuori dell'ambito commerciale, come nel caso del cliente che corrompe un funzionario di banca per avere un trattamento più favorevole, condotta che ante 2015 era priva di rilievo penale.

Secondo l'interpretazione maggioritaria il datore di lavoro potrebbe acconsentire alla ricezione della tangente, purché ciò avvenga prima del *pactum sceleris* e in questo caso non potrebbe parlarsi di reato; un eventuale consenso successivo non farebbe venire meno l'illecito, ben potendo tuttavia l'imprenditore rinunciare a sporgere querela, che non potrebbe essere proposta da nessun altro, essendo la norma rivolta solo alla protezione della relazione fiduciaria. In questo caso, però, è possibile che il pubblico ministero proceda d'ufficio, qualora esista un rilevante interesse pubblico ai sensi del paragrafo 301 e questo fa sì che il modello non sia fiduciario puro, potendo la vicenda approdare nelle aule di tribunale a prescindere dalla volontà del datore di lavoro⁴²⁷. Pertanto esso si presenta diverso rispetto all'abrogato art.152-6 del Codice del lavoro francese, dove manca del tutto l'interesse pubblico e oltretutto si innesta nel paragrafo 299 che tutela con preminenza beni collettivi.

Riguardo al bene giuridico protetto, parte della dottrina ritiene che occorra avere riguardo alle sole relazioni giuslavoristiche: del resto il paragrafo 299 contiene già una

⁴²⁶ STETTER, LUDWIG, *Germany*, in *The Anti Bribery and Anti Corruption Review*, Derbyshire, 2017, p. 119 ss.

⁴²⁷ COSTA, *Il reato di corruzione*, op. cit., p. 7-8.

variante concorrenziale e la Decisione quadro eurounitaria, pur primariamente incentrata sulla concorrenza, ha riguardo anche il rapporto fiduciario⁴²⁸.

Nel solco di questa interpretazione sono peraltro emerse delle voci critiche, nel senso che l'incriminazione della mera infedeltà del dipendente sarebbe del tutto sproporzionata e addirittura espressione di un diritto penale del nemico⁴²⁹. Si sostiene, in particolare, che il nuovo assetto normativo pecca di chiarezza, precisione, comporta possibili sovrapposizioni con l'infedeltà patrimoniale, tende a criminalizzare scorrettezze di minore importanza che potrebbero essere sanzionate con gli strumenti civilistici⁴³⁰. Si tratta, in sostanza, di argomentazioni molto simili a quelle già espresse contro i modelli privatistici⁴³¹.

Secondo altra tesi, invece, non sarebbe possibile prescindere dalla lesione della concorrenza e di conseguenza per l'integrazione della fattispecie occorrono sia la violazione dei doveri sia la lesione o perlomeno la messa in pericolo della concorrenza⁴³²; quest'ultima opinione crea però una frizione con lo scopo principale della riforma, che era quello di sfuggire dalle strettoie in materia di prova, per cui a volere aderire ad essa si rischierebbe un aggravamento dell'onore probatorio, essendo indiscutibile la necessità di dimostrare innanzitutto la violazione dei doveri

In definitiva, a seguito della novella del 2015, risoltasi in un innesto normativo, il paragrafo 299 ha assunto le sembianze di una chimera a due teste, delle quali l'una è posta a presidio della concorrenza e l'altra delle relazioni fiduciarie.

4.3. Il paragrafo 299 lascia aperti degli spazi: la corruzione del sanitario e la corruzione sportiva quali norme speciali.

Prima di estendere delle riflessioni conclusive sulla Germania occorre affrontare, seppur brevemente, la fattispecie della corruzione in ambito sanitario introdotta nel 2016 con i

⁴²⁸ KRACK, *Entschleirte schmiergelder nach der reform de § 299 StGB*, in www.zis-online, 2016, fasc. 2, p. 83 ss.

⁴²⁹ Cfr. HELFER, *La lotta alla corruzione: riflessioni dall'esperienza germanica ed austriaca*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, fasc.3, p. 492 ss.

⁴³⁰ Wolf, *Special issue:ethical challanges of corrupt practices: dark sides of anti corruption law. A typology and recent developments in Germany anti bribery legislation*, in *German law journal*, 2016, fasc.7.

⁴³¹ Cfr. Capitolo II par.2.

⁴³² SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 234.

paragrafi 299a e 299b del codice penale⁴³³; si tratta anche in questo caso di corruzione privata, non essendo i medici pubblici ufficiali, tranne quelli dipendenti dalla sanità pubblica.

Come nel precedente paragrafo 299 sono state tipizzate la corruzione attiva e passiva. Con quest'ultima si sanziona con la pena fino a tre anni di reclusione l'esercente una professione sanitaria (quindi non solo il medico, ma anche il farmacista, l'infermiere, l'ostetrico, ecc.) che nello svolgimento della professione altera illecitamente la concorrenza interna o internazionale, pretendendo, facendosi promettere o accettando un vantaggio per sé o per un terzo come controprestazione per prescrizioni, approvvigionamento di prodotti medicali o per indirizzare pazienti o materiale biologico ad indagini diagnostiche; la corruzione attiva è speculare.

La necessità delle modifiche del 2016 risiede nel fatto che il sistema sanitario tedesco è organizzato per territorio sulla base di Casse Malattia che si avvalgono dell'opera di medici convenzionati e alle quali sono assicurati i pazienti⁴³⁴ ed era emerso che un numero considerevole di medici riceveva tangenti da parte delle case farmaceutiche in cambio della prescrizione di determinati prodotti, con notevole danno per le finanze pubbliche.

Mentre una parte degli interpreti riteneva che i medici convenzionati fossero pubblici ufficiali, e pertanto soggetti alla disciplina dei paragrafi 331ss. del codice penale, altro orientamento negava detta qualifica, sulla base dell'assunto che, se è vero che le Casse Malattia sono enti pubblici, i medici sono liberi professionisti. Proprio a quest'ultimo orientamento ha aderito nel 2012 il *Grosser Senat* del BGH (la Corte di Cassazione tedesca), che ha d'altra parte ritenuto impossibile sussumere i fatti al paragrafo 299 (corruzione privata), dal momento che i medici a ben vedere non sono né dipendenti né incaricati delle Casse e dunque mancano le qualifiche soggettive richieste; essi esercitano una funzione pubblica, ma il rapporto all'interno del quale intervengono le prescrizioni è quello col paziente, al quale le Casse sono estranee⁴³⁵.

Come si vede, nonostante il legislatore tedesco abbia cercato col paragrafo 299 prima e con la riforma del 2015 poi, di costruire un ombrello sotto il quale comprendere tutti i casi di corruzione privata, una delle più importanti manifestazioni di questo fenomeno, le

⁴³³ Cfr. ALAGNA, *La corruzione medica nell'ordinamento tedesco*, in *Dir.pen.cont.*, 7 luglio 2016, LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 99 ss., SCALIA, *La Corruzione*, op. cit., p. 230 ss., STETTER, LUDWIG, *Germany*, op. cit., p. 124.

⁴³⁴ ALAGNA, *La corruzione medica*, op.cit., p. 6.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 8-11.

tangenti in ambito medico, non avevano rilievo penale, non soccorrendo allo scopo nemmeno altre fattispecie quali la truffa e l'infedeltà patrimoniale. Ciò permette di sviluppare ulteriormente uno spunto di riflessione già presentato nel precedente capitolo⁴³⁶, dove si era accennato all'opzione fra introdurre un'unica fattispecie di contrasto alla corruzione privata oppure di prevederne diverse, allo scopo di ricercare una maggiore precisione e di orientare meglio l'interprete nel discernimento fra il lecito e l'illecito. In questo caso, però, la scelta del legislatore tedesco non è stata guidata dal principio di determinatezza, ma dalla necessità di colmare un vuoto normativo.

Il Governo aveva inizialmente ritenuto di doversi muovere sulla scorta del paragrafo 299, prevedendo quindi una tipizzazione che tutelasse parimenti la concorrenza e la fiducia nelle relazioni fra medico e paziente, salvo poi per ragioni di coerenza proporre una fattispecie che menzionasse la prima e non la seconda⁴³⁷.

A proposito di tale aspetto, mentre una parte della dottrina⁴³⁸ preferisce dare una lettura piana della norma, probabilmente più aderente alla realtà, nel senso che essa è incentrata sulla concorrenza leale senza menzionare «scelte potenzialmente dannose per i pazienti», profili del resto già affrontati ed espunti nel corso dei lavori, altri interpreti propongono una lettura nel senso di una almeno parziale plurioffensività. Secondo questa tesi anche la fiducia dei pazienti nei confronti dei sanitari sarebbe protetta, per alcuni in modo diretto⁴³⁹, per altri in modo indiretto⁴⁴⁰, attraverso la tutela della concorrenza; si fa presente che essa, nei paragrafi 299a e 299b, avrebbe un'accezione parzialmente diversa rispetto a quella del precedente 299, che considera solo gli aspetti economici, in quanto essendo in gioco la salute vi sarebbero anche dei riflessi di natura sociale che devono ricevere protezione, nel caso specifico il rapporto fiduciario fra medico e paziente.

Lo stesso legislatore ha comunque riconosciuto la particolare delicatezza della corruzione in ambito sanitario, tanto è vero che la perseguibilità è in questo caso officiosa ed è prevista, a differenza delle norme generali, la corruzione passiva dell'imprenditore, giustificabile in quanto i costi della tangente ricadono in modo diretto sul servizio sanitario e quindi sulla collettività; peraltro, se essa non fosse prevista, in molti casi (medici che

⁴³⁶ Cfr. par.4.

⁴³⁷ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 242-243.

⁴³⁸ ALAGNA, *La corruzione medica*, op. cit., p. 2.

⁴³⁹ SETTER, LUDWIG, *Germany*, op. cit., p. 124; M. Helfer, *La lotta alla corruzione*, op. cit., p. 488.

⁴⁴⁰ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 245-246.

esercitano la professione individualmente) non sarebbe nemmeno possibile sanzionare i fatti di corruzione sanitaria.

Lo scopo della riforma, in definitiva, è quello di evitare che in un sistema fondato sulla cooperazione fra pubblico e privato possano manifestarsi condotte suscettibili di mettere in pericolo la salute dei pazienti e il suo corretto funzionamento⁴⁴¹.

Sempre in materia di corruzione privata nell'ordinamento tedesco, occorre segnalare il paragrafo 265c StGB, rubricato "frode nelle competizioni sportive", ma che in realtà sanziona con la pena della reclusione fino a tre anni o con la multa vere e proprie condotte corruttive: sono incriminate la promessa, la dazione, la pretesa, l'accettazione di un vantaggio da parte di un atleta, di un allenatore, di un arbitro, di un giudice, allo scopo di alterare il risultato di una competizione sportiva organizzata da un'associazione nazionale o internazionale con regole vincolanti per gli aderenti.

4.4. Riflessioni conclusive sul sistema tedesco: la modifica del 2015 ha ampliato gli spazi applicativi. I rapporti con l'infedeltà patrimoniale.

Da quanto sin qui esposto risulta che la normativa tedesca è stata orientata, sin dall'inizio del '900, nel senso della tutela della concorrenza, da intendersi in senso macroeconomico e, pur non prevedendo la corruzione passiva dell'imprenditore, nella formulazione vigente fino al 2015 la violazione dei doveri non era nemmeno prevista quale presupposto. Con le nuove norme il legislatore ha inteso rendere il sistema coerente col diritto eurounitario, aggiungendo quest'ultimo requisito, con la conseguenza che il paragrafo 299, come sottolineato sopra, si trova oggi ad avere due teste, una concorrenziale e l'altra fiduciaria.

A partire dal 2015, a differenza di quanto accadeva in precedenza, la corruzione privata è applicabile anche a condotte tenute al di fuori dell'ambito commerciale (cfr. l'esempio fatto sopra del dipendente di banca corrotto dal cliente), con esclusione comunque dei meri rapporti interprivati, in precedenza denominati da "mandato puro". Pur aggiungendo il substrato lealistico, che per gli strumenti sovranazionali sembra dunque essenziale, il legislatore tedesco non ha riformulato le norme esistenti in senso "regressivo", come ha fatto invece quello portoghese⁴⁴², ma ha innestato una nuova fattispecie nel paragrafo 299, consegnando all'interprete il compito di trovare una coerenza interna fra nuove e vecchie

⁴⁴¹ CAMPLANI, *Anti-corruption in Germany*, op. cit., p. 273-274.

⁴⁴² Cfr. capitolo II par.5.

norme. La dottrina tedesca tende peraltro a non rilevare contrapposizioni fra la versione originaria e la novella del 2015, nell'assunto che comunque già in precedenza erano tutelati, seppur non primariamente, ulteriori interessi, quali per esempio quelli del datore di lavoro⁴⁴³, per cui secondo questo orientamento le norme dovrebbero essere lette in un'ottica di eterointegrazione. Resta però il fatto che il paragrafo 299, anche dopo la riforma del 2015, rimane inserito, a questo punto in modo poco consono, nella parte del codice penale a tutela della concorrenza.

Bisogna infine esaminare i problemi sorti in relazione ai rapporti fra le norme in parola e l'infedeltà patrimoniale di cui al paragrafo 266.

Si tratta di una fattispecie introdotta nel 1933, che sanziona con la pena fino a cinque anni di reclusione o con la multa la condotta di chi, abusando del potere di disporre di un patrimonio altrui conferito con legge, ordine dell'autorità o negozio giuridico, cagiona un danno patrimoniale al soggetto del quale deve curare gli interessi; i confini della fattispecie sono stati meglio precisati dalla giurisprudenza sin dall'anno successivo, nel senso che deve trattarsi di un incarico di una certa rilevanza, con esclusione quindi delle attività d'ordine, deve durare nel tempo e l'incaricato disporre di potere decisionale⁴⁴⁴.

In teoria l'infedeltà e la corruzione privata dovrebbero essere fattispecie ben distinte, dal momento che la prima tutela il patrimonio, mentre la seconda la concorrenza e nella variante lealistica la fiducia nelle relazioni giuslavoristiche. In pratica, però, la giurisprudenza ha in alcuni casi fatto applicazione della fattispecie di cui al paragrafo 266 per punire casi di corruzione all'insaputa dell'imprenditore, sull'assunto che tale condotta, oltre ad integrare una violazione dei doveri, comporta un danno patrimoniale; alla base del ragionamento c'è il fatto che di solito il corruttore (anch'egli punibile ai sensi del paragrafo 266 per avere istigato il dipendente infedele) non sopporta il prezzo della tangente, ma lo scarica sul prezzo del bene o del servizio oggetto del *pactum sceleris*, che viene così a costare di più⁴⁴⁵. Ciò sembra ovvio, ma in realtà andrebbe dimostrato caso per caso, a meno di non avvalersi di meccanismi presuntivi che sembrano di dubbia compatibilità con un diritto penale del fatto. Nel secondo capitolo⁴⁴⁶, fra l'altro, esaminando il diritto austriaco della corruzione privata, si è visto che il legislatore ha introdotto nel 1987 il paragrafo 153a OStGB allo scopo di

⁴⁴³ HOVEN, *Actuelle rechpolitische entwicklungen in korraptiosstrafrecht-bemerkungen zu den neuen strafschriften uber mandatstrgerbestechung und bestechung im geschafilichen verkher*, in *Nstz*, n.10/2015.

⁴⁴⁴ MANNA, *Abuso d'ufficio*, *op. cit.*, p. 118 ss.

⁴⁴⁵ VOGEL, *La tutela penale*, *op. cit.*, p. 81 ss.

⁴⁴⁶ Cfr. par.7.

porre un freno a quegli orientamenti giurisprudenziali che, ravvisando un danno *in re ipsa* nell'accordo corruttivo, applicavano la fattispecie dell'infedeltà patrimoniale ai casi di corruzione; la stessa cosa succede oggi in Germania, nonostante le norme in materia di corruzione privata abbiano da tempo uno spettro applicativo più ampio rispetto all'Austria. Se questo accadeva quando la *ratio* del paragrafo 299 era la sola tutela della concorrenza, l'orientamento favorevole alla sussunzione di fatti di corruzione all'infedeltà patrimoniale può trovare nuova linfa a seguito dell'introduzione delle nuove norme, generando possibili sovrapposizioni fra fattispecie che in linea teorica dovrebbero invece essere ben distinte.

5. Il sistema spagnolo: dall'assenza di una diretta criminalizzazione alla riforma del 2010. Le difficoltà interpretative.

In Spagna, benché la corruzione privata non fosse criminalizzata fino al 2010, vi erano norme che la reprimevano in alcuni casi, seppur indirettamente.

La principale di queste era l'amministrazione sleale di cui all'art.295 del *Código penal*, abrogata nel 2015, che sanzionava gli amministratori di diritto o di fatto o i soci di una società che, con abuso dei poteri, disponevano in modo fraudolento dei beni sociali o contraevano obbligazioni a carico di questa cagionando in modo diretto un pregiudizio ai soci. Veniva inoltre in rilievo il vecchio testo dell'art.252, concernente l'amministrazione fraudolenta di beni in rapporti giuridici diversi dal contratto di società; oggi, a seguito della riforma del 2015, entrambe le fattispecie sono state unificate nel nuovo articolo 252, che tipizza una fattispecie molto ampia di amministrazione infedele di un patrimonio altrui e si configura sempre come reato di danno.

Spesso nei confronti degli amministratori corrotti si faceva ricorso all'appropriazione indebita, che presuppone anch'essa un danno; altra norma rilevante era la rivelazione dei segreti dell'impresa, di cui all'art.279, reato di pericolo posto a salvaguardia della *lealtad empresarial*, il cui presupposto era l'obbligo legale o contrattuale di mantenere la riservatezza⁴⁴⁷.

Risulta chiaro però che, siccome la *private bribery* non era direttamente criminalizzata, nel processo penale per uno dei reati di cui sopra l'accusa aveva l'onere di provare che il

⁴⁴⁷ VAZQUEZ GONZALEZ, *Delitos relativos al mercado y a los consumidores y corrupcion en los negocios*, in *Curso de derecho penal, Parte especial*, a cura di SERRANO GOMEZ, SERRANO MAILLO, SERRANO TARRAGA, VAZQUEZ GONZALEZ, Madrid, 2017, p. 393.

contratto era il frutto del patto corruttivo e oltretutto andava dimostrato il pregiudizio patrimoniale⁴⁴⁸.

Parte della dottrina spagnola⁴⁴⁹ riteneva peraltro che una norma apposita non fosse affatto necessaria, bastando allo scopo l'appropriazione indebita e l'amministrazione sleale di cui si è già detto; al più a quest'ultima fattispecie avrebbero potuto essere aggiunte due varianti. La prima, amministrazione sleale mediante il pagamento di tangenti, avrebbe punito la corruzione attiva, la seconda, amministrazione sleale mediante la ricezione di tangenti, quella passiva, quest'ultima da considerarsi quale reato di pericolo astratto e quindi punita meno severamente⁴⁵⁰.

Questo approccio è chiaramente di natura privatistica e considera la corruzione privata come delitto di appropriazione indebita, incentrato sulla tutela del patrimonio. Bisogna dire, però, che i due reati sono in realtà differenti, essendo il primo tendenzialmente di pericolo (secondo l'impostazione sia degli strumenti sovranazionali sia delle attuali codificazioni statali) e il secondo di danno; tra l'altro neppure la fattispecie austriaca di cui all'art.153a OStGB, esaminata nel secondo capitolo⁴⁵¹, prevede il nocumento, pur essendo ascrivibile al modello patrimonialistico, e inoltre risulta difficile comprendere come mai la dottrina in commento consideri più grave la condotta passiva di quella attiva, anziché il contrario. A rigore, infatti, la condotta più grave dovrebbe essere quella dall'amministratore infedele, perché è proprio lui il soggetto che viola gli obblighi contrattuali, ai quali è estraneo il corruttore. La proposta ricorda, per la sua ibridazione, la precedente versione dell'articolo 2635 c.c. italiano, che sarà commentato nel prossimo capitolo⁴⁵², nonostante quest'ultimo prevedesse il nocumento: si tratta infatti di una crisi fra amministrazione infedele e corruzione, mentre l'abrogata norma italiana ha provato ad unificare, con scarsi risultati sul piano applicativo, infedeltà patrimoniale e corruzione.

Il legislatore spagnolo, in modo opportuno, non ha seguito il pensiero sopra esposto.

Nel 2010 ha infatti introdotto nel capitolo XI del *Codigo penal*, dedicato ai delitti relativi alla proprietà intellettuale e industriale, al mercato e ai consumatori, all'art.286bis il delitto

⁴⁴⁸ QUERALT, *Spain*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di Heine, Huber, Rose, Freiburg, 2003, p. 357 ss.

⁴⁴⁹ NIETO MARTIN, *La corruzione, nel diritto privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 111 ss.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 140-141.

⁴⁵¹ Cfr. par.7.

⁴⁵² Cfr. par.2.

di *corrupcion entre particulares*, che a partire dal 2015 ha cambiato denominazione in *corrupcion en los negocios*, nonostante l'intestazione del capitolo sia rimasta immutata, senza alcun riferimento ai *negocios*, aspetto che per parte della dottrina sarebbe espressione di una tecnica legislativa approssimativa⁴⁵³.

Nel preambolo della legge del 2010 (*Ley organica n.5/2010*) si chiarisce che la garanzia di una *competencia justa y honesta pasa por la represion de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se base a traves del delito de coheco*.

Nella versione originaria l'art. 286bis prevedeva l'incriminazione della corruzione attiva e passiva nel settore privato nel caso in cui, in estrema sintesi, il soggetto qualificato ricevesse un'utilità o anche solo la promessa di questa per favorire il corruttore o altri soggetti nella vendita di beni o nella contrattazione di servizi professionali *incumpliendo sus obligaciones*.

Si trattava pertanto di una norma che, seppur volta alla tutela della concorrenza, conteneva un chiaro substrato lealistico attraverso il riferimento alla violazione dei doveri, quindi in grado di dare attuazione in modo pieno alla Decisione quadro eurounitaria. Nonostante questo, il riferimento alla violazione dei doveri aveva determinato in dottrina alcune perplessità, in particolare in merito alla loro esatta individuazione, non essendo del tutto chiaro se si facesse riferimento allo stesso *pactum sceleris* (tesi difficilmente sostenibile), a quelli del dipendente verso il datore di lavoro, oppure a quelli verso gli altri concorrenti nel mercato. Siccome sembrava quasi impossibile prescindere dalla violazione, a meno di non forzare il dettato legislativo, parte della dottrina riteneva che l'art.286 bis avesse due anime: una rivolta all'esterno, quindi al mercato, e un'altra all'interno, cioè alle relazioni giuslavoristiche⁴⁵⁴. Dal momento che però, come non era possibile ipotizzare una corruzione privata priva di riflessi anticoncorrenziali, allo stesso modo non si poteva prescindere dalla lesione degli interessi del principale, sembra eccessiva l'affermazione per la quale la violazione dei doveri sarebbe stata «*solo un tramite per la realizzazione dell'offesa alla concorrenza*»⁴⁵⁵; in realtà, se è vero che quest'ultima sembra avere un ruolo preminente, il primo elemento ha natura tutt'altro che accessoria e rappresenta uno degli interessi tutelati.

⁴⁵³ BERENQUER PASCUAL, *El delito de corrupcion en los negocios*, Madrid, 2020, p. 55.

⁴⁵⁴ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 120 ss.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 125.

Si sottolineava tuttavia che questo modello di natura mista era suscettibile di sovrapposizioni con la sopra richiamata fattispecie di amministrazione sleale, perlomeno nel caso in cui il datore di lavoro del corrotto subiva un danno⁴⁵⁶.

5.1. La riforma del 2015 supera le difficoltà interpretative.

Il legislatore nel 2015, anche per superare queste incertezze, ha riformato l'art.286 bis non solo come già detto nel *nomen iuris* (adesso *corrupcion en los negocios*), ma anche nella sostanza, conferendo alla norma un carattere più marcatamente pro-concorrenza.

L'articolo 286 bis, nella versione attualmente vigente, sanziona con la pena da sei mesi a quattro anni di reclusione, oltre all'interdizione dall'esercizio dell'impresa o del commercio per un periodo da uno a sei anni e la multa fino al triplo del valore del beneficio o vantaggio, il dirigente, l'amministratore, l'impiegato o il collaboratore di una impresa mercantile o di una società che, direttamente o per interposta persona, riceve, sollecita o accetta un beneficio o un vantaggio ingiustificato, o l'offerta o la promessa di ottenerlo⁴⁵⁷ per sé o per un terzo come controprestazione per favorire indebitamente un altro soggetto nell'acquisizione o nella vendita di beni o nella contrattazione di servizi o nelle relazioni commerciali (corruzione passiva ,denominata dalla dottrina *modalidad favorecedora*, che è reato proprio, potendo essere commessa soltanto dai soggetti con le qualifiche sopra indicate); in modo speculare è sanzionata la corruzione attiva o *modalidad incentivadora*⁴⁵⁸, che secondo l'opinione maggioritaria è reato comune, mentre per altra tesi, che peraltro pare in contrasto col tenore letterale del testo, sarebbe reato proprio, potendo essere commesso soltanto da chi è legato in modo diretto o indiretto ad una entità del settore privato e quindi coinvolto in una competizione fra imprese⁴⁵⁹.

Quali circostanze aggravanti il *Codigo* indica il valore particolarmente elevato del beneficio o del vantaggio, la non occasionalità del comportamento, la commissione del fatto da parte di un'organizzazione criminale, oppure che oggetto del patto siano accordi relativi

⁴⁵⁶ OTERO GONZALEZ, *La progresiva ampliacion del ambito tipico del delito de corrupcion privada*, in *InDret*, 2019, fasc.4.

⁴⁵⁷ Il riferimento all'*ofrecimiento o promesa* è stato aggiunto dalla *Ley Organica* n.1/2019, che ha così ampliato il novero delle condotte punibili, accogliendo i rilievi che il GRECO aveva espresso a seguito del terzo ciclo di valutazione.

⁴⁵⁸ Con le stessa pene viene punito chi, anche per interposta persona, promette, offre o concede ai dirigenti, amministratori, impiegati o collaboratori di una impresa mercantile o di una società un beneficio o vantaggio di qualsiasi natura, per loro o per terzi soggetti, come controprestazione per essere favorito indebitamente o per favorire un terzo rispetto ad altri nell'acquisto o nella vendita di beni, nella contrattazione di servizi o nelle relazioni commerciali.

⁴⁵⁹ BERENGUER PASCUAL, *El delito, op. cit.*, p. 208-209.

a beni o servizi di natura umanitaria o di prima necessità; le attenuanti sono invece il valore modesto del beneficio o del vantaggio o la posizione non apicale del colpevole.

Per quanto concerne i profili oggettivi, deve trattarsi di condotte relative a beni o servizi che vengono prestati sul mercato con fini di concorrenza, come chiarisce la riforma del 2015 che ha inserito il riferimento alle “relazioni commerciali”, assente nel 2010; in precedenza era stato infatti sostenuto che la corruzione privata potesse essere commessa in relazione ad alcuni tipi di negozi giuridici, ma non tutti, con i conseguenti problemi interpretativi. È peraltro pacifico che, laddove non vi sia un contesto concorrenziale, da intendersi quale competizione fra imprese, come per esempio i colloqui di lavoro o le relazioni coi consumatori, non si applica l'art.286 bis; non si configura pertanto, ad esempio, il reato di corruzione privata qualora un candidato offra o paghi una tangente al direttore del personale di un'impresa per essere assunto e lo stesso accade nel caso delle contrattazioni fra un cliente e un funzionario di banca relative alla concessione di un mutuo influenzate da un donativo⁴⁶⁰.

Sono comunque escluse, a differenza del testo del 2010, le condotte tenute in seno ad associazioni, fondazioni e organizzazioni, dal momento che la norma fa espresso riferimento non solo ad un contesto di natura mercantile, ma anche a società con fini di lucro, per cui sotto questo aspetto la norma spagnola non soddisfa pienamente le richieste della Decisione quadro, che riferisce gli obblighi di incriminazione anche al terzo settore.

In merito ai soggetti attivi⁴⁶¹, mentre i dirigenti (*directivos*) sotto il profilo penalistico possono essere intesi sia in senso sostanziale, quali persone detentrici del potere decisionale dell'impresa, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, sia facendo riferimento alle nozioni giuslavoristiche, con le conseguenti differenze a seconda dell'approccio che si ritenga preferibile, per quanto riguarda invece gli amministratori si fa riferimento indifferentemente a quelli di diritto e di fatto; questi ultimi sono coloro che esercitano le funzioni senza titolo o in forza di un titolo nullo, rilevando il potere effettivo detenuto nella gestione societaria, a prescindere dalla conoscenza che i terzi ne abbiano.

La dottrina inferisce la responsabilità degli amministratori di fatto dalla circostanza che in alcuni reati societari essi sono equiparati a quelli di diritto e la *Ley Organica* del 2015, avendo mantenuto il riferimento a queste due figure, rafforzerebbe l'idea che anche chi

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 133 ss.

⁴⁶¹ Per una descrizione sintetica della fattispecie si rimanda a MACRI', *La corruzione fra privati (art.2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge “spazzacorrotti” (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Criminalia*, 1 aprile 2019.

esercita poteri di fatto nell'impresa è soggetto alle medesime sanzioni penali di chi ricopre cariche ufficiali⁴⁶².

Quanto agli impiegati (*empleados*), similmente a quanto abbiamo già visto nella norma tedesca, sono ricompresi soltanto quelli che hanno capacità decisionale, quindi deve trattarsi di dipendenti inquadrati a livello perlomeno medio e non ha importanza, al pari di quanto accade in relazione agli amministratori, che il contratto di lavoro sia regolare o meno. I collaboratori, invece, similmente all'art.299StGB, sono tutti quei soggetti non dipendenti, tranne gli amministratori, vincolati all'impresa da un contratto, quali per esempio avvocati, consulenti, agenti, rappresentanti, a condizione che detengano un potere apprezzabile in relazione all'oggetto del *pactum sceleris*. I soci in quanto tali non possono essere imputati di corruzione passiva, a meno che non abbiano con la società uno dei rapporti menzionati dall'art.286 bis (*administradores, directivos, empleados e colaboradores*)⁴⁶³.

Per quanto riguarda invece gli imprenditori (*empresarios*), nonostante vi sia una tesi nella dottrina spagnola che, estendendo il concetto di amministratore e personale direttivo, li considera punibili per corruzione passiva sulla base dell'assunto che, come si vedrà, il bene giuridico protetto dalla norma è la concorrenza, che ben può essere lesa dall'imprenditore⁴⁶⁴, pare più corretta l'opinione maggioritaria di chi ⁴⁶⁵ ritiene non superabile il dettato normativo, per cui è necessaria una interpretazione conforme al principio di legalità; in definitiva l'esito del dibattito è stato il medesimo rispetto a quanto detto sopra a proposito della Germania.

In merito all'utilità indebita, per un orientamento non dovrebbe aversi riguardo al suo valore, dal momento che nelle relazioni commerciali o perlomeno in determinati ambiti potrebbe essere d'uso scambiarsi dei doni, anche di una certa entità, in occasioni di rilievo sociale, quanto invece alla sua relazione causale col *favorecimiento indebido* e quindi

⁴⁶² GIL NOBAJAS, *El delito de corrupcion en los negocios (art.286bis): analisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador del hecho, y la persona juridica en un modelo puro de competencia*, in *Estudios penales y criminologicos*, vol.XXXV, 2015, p. 567 ss. (cfr. p. 581 ss.).

⁴⁶³ BERENGUER PASCUAL, *El delito*, op. cit., p. 227 ss.

⁴⁶⁴ OTERO GONZALEZ, *Corrupcion en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015*, in *Cuadernos Penales José Maria Lidon*, 2016, p. 199 ss. e nello stesso senso P.Otero Gonzalez, *La progresiva ampliacion*, cit. La tesi in parola è ben espressa anche da GIL NOBAJAS, *El delito de corrupcion*, op. cit., per la quale, nel momento in cui si ammette in modo pacifico la corruzione passiva dell'amministratore di fatto, equiparato a quello di diritto nei delitti societari a partire dal 1995, non dovrebbe essere difficile considerare tale anche l'imprenditore, perché questi esercita poteri decisionali; secondo questa dottrina l'esclusione dell'imprenditore sarebbe un «*olvido injustificado*» del legislatore, che avrebbe preso spunto dal paragrafo 299 StGB, che in questo senso è stato criticato anche da alcuni commentatori tedeschi (cfr. in particolare p. 590 ss.).

⁴⁶⁵BERENGUER PASCUAL, *El delito*, op. cit. p. 240 ss; LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 114-115.

andrebbe considerato l'elemento teleologico; di qui l'atipicità di tutti i donativi non suscettibili di influenzare la decisione e più in generale della corruzione susseguente⁴⁶⁶.

Altra dottrina⁴⁶⁷, pur accettando il criterio dell'adeguatezza sociale e il fatto che, essendo preminente l'interesse sovraindividuale alla tutela del mercato, il datore di lavoro non potrebbe prestare il consenso a donativi eccessivi, che sarebbero quindi tangente, in modo più preciso sottolinea che il vantaggio ingiustificato è quello che da un lato non è collegato alla posizione del soggetto e quindi alla sua retribuzione (*beneficio extrapositional*) e dall'altro è in grado di influire sulla sua condotta con valutazione da farsi *ex ante* in rapporto alla possibilità di migliorare la posizione economica o personale del percipiente, con conseguente esclusione delle somme di scarso importo. Illecito, in definitiva, è il vantaggio extrapositionale idoneo *ex ante*, con valutazione ragionevole e proporzionale, a favorire relazioni commerciali che altrimenti non sarebbero state intraprese. In questo contesto il giudice penale deve valutare caso per caso, avvalendosi anche dei codici etici delle imprese quale criterio orientativo.

5.2. L'unico interesse protetto è la concorrenza.

Come abbiamo visto, l'elemento più significativo della riforma del 2015 è stata l'abrogazione del riferimento all'*incumplimiento des obligaciones* da parte del corrotto e questo ha determinato nuove riflessioni in dottrina in merito al bene giuridico tutelato dall'art.286bis.

Sembra innanzitutto recessiva e comunque infondata la tesi per la quale esso dovrebbe essere identificato nel patrimonio dell'impresa del corrotto, affermata sulla base della considerazione che la sua lesione costituisce una base certa per l'intervento della legge penale: si tratta di un'opinione che non può essere sostenuta sol se si considerano la collocazione della norma (fra i delitti relativi alla proprietà intellettuale e industriale, al mercato e ai consumatori), l'omessa menzione del danno, assente peraltro anche nella corruzione pubblica (*cohecho*), la perseguibilità d'ufficio, la presenza nel codice penale di fattispecie quali l'appropriazione indebita e l'amministrazione sleale che tutelano in modo espresso il patrimonio; per gli stessi motivi non è accettabile l'opinione che vorrebbe tutelato il patrimonio delle imprese concorrenti⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ OTERO GONZALEZ, *La progresiva ampliacion*, op. cit., p. 17 ss.

⁴⁶⁷ BERENGUER PASCUAL, *El delito*, op. cit., p. 149 ss.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 91 ss.

Anche la tesi in merito alla violazione del dovere di fedeltà del dipendente nei confronti dell'imprenditore si presta allo stesso tipo di censure e poteva al limite essere ritenuta accettabile nella vigenza del testo del 2010; questo orientamento, comunque, pur non disconoscendo l'importanza della tutela della concorrenza, ritiene però che il *pactum sceleris* sia in radice incompatibile con gli interessi del datore di lavoro del corrotto, per cui il favoreggiamento indebito di cui all'art.286bis presuppone una condotta difforme rispetto ai canoni stabiliti dal principale, con conseguente violazione dei suoi interessi. Una variante della tesi esposta ritiene rilevanti non solo le condotte dannose per il principale, ma anche quelle di carattere neutro, che non producono vantaggi o svantaggi, nell'assunto che il dipendente deve comunque perseguire il miglior interesse di chi lo retribuisce e un comportamento neutro sarebbe comunque espressione di infedeltà⁴⁶⁹. In modo più sfumato, pur nell'assunto che l'art.286 bis tutela la concorrenza, si è però fatto presente che nel 2015 il legislatore ha perso l'occasione per definire in modo più preciso gli elementi costitutivi del reato, per cui non sono del tutto infondate le tesi che cercano di restringerne il campo di applicabilità, intendendo la concorrenza leale come un bene giuridico mediato, mentre ad essere protetti sarebbero gli interessi patrimoniali delle imprese concorrenti⁴⁷⁰.

È chiaro però che questo filone, pur con diverse interpretazioni, tende a non considerare il portato della novella del 2015, nell'intento di riportare ad esistenza, seppur indirettamente, ciò che il legislatore ha invece provveduto ad espungere; meglio sarebbe allora, piuttosto che forzare la norma, sottolineare che una migliore trasposizione della Decisione quadro avrebbe forse richiesto la menzione della violazione degli obblighi.

L'opinione che in definitiva sembra rispecchiare meglio la realtà è nel senso che non può essere pretermesso il dato letterale, per cui oggi l'interesse protetto è la concorrenza, senza il richiamo alla lesione degli interessi datoriali valorizzato dalla dottrina negli anni precedenti e il reato è di pericolo astratto, essendo sufficiente accertare la sua idoneità ex ante ad alterare la concorrenza in quanto tale, senza che debba esserci un pregiudizio per un'altra impresa concorrente specificamente identificata⁴⁷¹. La dottrina maggioritaria ha quindi preso atto che oggi l'art.286 bis è diretto alla tutela di interessi esterni all'impresa, «*en detrimento de la ya explorada vision ad intra, qua se centra en el vinculo de lealtad interna*

⁴⁶⁹ ARTAZA FATELA, *Corrupcion entre particulares: lesividad de la conduct y consecuencias en sede de tipificacion de acuerdo al analisis comparado*, in *Revista de derecho (Coquimbo)*, version on line, 2019.

⁴⁷⁰ GIL NOBAJAS *El delito de corrupcion*, op. cit., p. 577-578.

⁴⁷¹ BERENQUER PASCUAL, *El delito*, op. cit., p. 104 ss.

del subordinado»⁴⁷², con conseguente fine del precedente modello “misto” che tutelava entrambi gli interessi.

Secondo parte degli interpreti⁴⁷³ la soppressione del riferimento alla violazione dei doveri è stata opportuna, dal momento che consente una migliore attuazione della Decisione quadro ed elimina tutte le ambiguità alle quali aveva dato origine, anche in considerazione del fatto che per alcune tesi non si faceva solo riferimento alle relazioni giuslavoristiche, ma anche agli obblighi discendenti dalla *Ley de Defensa de la Competencia* e dalla *Ley de Competencia Desleal*, per cui non necessariamente corruzione significava infedeltà nei confronti del datore di lavoro; oltretutto la fattispecie risulta meglio definita rispetto a quella di amministrazione sleale. In questo modo, poi, si tende a superare definitivamente i modelli patrimonialistici, che per questa opinione erano risultati poco funzionali e si fornisce una convincente spiegazione teorica all'identità di pena per il corrotto e il corruttore.

Da quanto detto fin qui si comprende che, a prescindere dalla violazione dei doveri, non più rilevante, bisogna tenere conto del carattere extrafunzionale del beneficio (cfr. sopra) e del nesso causale fra questo e la violazione delle norme extrapenali a tutela della concorrenza, che costituiscono obblighi vincolanti per tutti gli attori del mercato; le regole di natura privata, come i codici di condotta e gli usi mercantili possono al più servire ad illuminare il carattere illecito del beneficio, ma nulla devono dire in merito alla slealtà della condotta, da stabilirsi in base a norme pubblicistiche. Anche in questo caso le riflessioni hanno avuto un risultato simile a quelle della dottrina tedesca quanto al bene giuridico tutelato, ma quella spagnola sembra essere ancora più esplicita nel ricondurre il concetto di slealtà non tanto al danno per le imprese concorrenti, quanto invece alla lesione della concorrenza in sé, tutelata come detto dalle leggi *Defensa de la Competencia* e *de Competencia Desleal*.

5.3. La corruzione sportiva in Spagna.

Per concludere la disamina delle norme inerenti alla corruzione privata in Spagna occorre menzionare il fatto che gli ultimi due commi dell'art.286 bis sanzionano con le stesse

⁴⁷² SANCHEZ BERNAL, *Estudio de la sancion penal de la corrupcion entre privados a partir de los ejemplos de Espana y Chile*, in *Revista de Ciencias Penales*, 2021, p.71 ss.

⁴⁷³ OTERO GONZALEZ, *La progresiva ampliacion*, op. cit., p.20 ss.

pene la corruzione attiva e passiva in ambito sportivo, che costituisce «*una suerte de especie dentro del genero de corrupcion privada*»⁴⁷⁴.

Mentre quella attiva per l'orientamento maggioritario è un reato comune, quella passiva è applicabile ai dirigenti, amministratori, impiegati o collaboratori di un'entità sportiva, nonché ai giudici e agli arbitri; le condotte rilevanti sono il fine di alterare in modo deliberato e fraudolento una competizione di speciale rilevanza economica (dove è prevista per i partecipanti una retribuzione o perlomeno un rimborso) o sportiva (si considerano tali, con un dettato normativo invero restrittivo, quelle approvate dalla competente federazione purché si svolgano nella massima categoria).

Si tratta di una variante della fattispecie generale di corruzione privata dalla quale differisce, quanto alla condotta, per il dolo specifico e per il fatto che l'alterazione deve essere deliberata e fraudolenta, con la conseguenza che acquistano rilevanza solo le condotte dirette, mentre quelle di natura indiretta potrebbero essere considerate non tipiche. Anche in questo caso il legislatore spagnolo ha inteso dare alla disciplina un carattere pro-concorrenza, eliminando in occasione della riforma del 2015 il riferimento all'*incumplimiento des obligaciones*, prima presente anche nella corruzione sportiva.

In rapporto al bene tutelato sembra troppo restrittiva l'interpretazione per cui nelle competizioni sportive non sarebbe possibile proteggere nient'altro che il patrimonio, mentre appare preferibile ritenere che ad essere tutelata siano la *integridad deportiva* e la *lealtad deportiva*, nonostante non vi sia ancora giurisprudenza in questo senso⁴⁷⁵.

In definitiva può affermarsi che il nesso fra concorrenza e mercimonio delle prestazioni sportive, pur esistente, tanto è vero che la corruzione viene repressa solo nelle competizioni di particolare rilevanza economica, risulta di minore portata rispetto alla compravendita di beni e servizi, mentre possono essere tutelati altri valori, quali ad esempio la lealtà della competizione sopra menzionata e persino il patrimonio in caso di scommesse, menzionate espressamente dalla normativa francese in materia (cfr. *infra*)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ SANCHEZ BERNAL, *Los delitos de corrupcion en el deporte en Espana, Portugal y Brasil. Similitudes y diferencias*, in *Revista de estudios brasilenos*, 2019, fasc.12, p. 13 ss.

⁴⁷⁵ *Ibidem*. Si fa presente che comunque, a differenza della omologa norma portoghese (cfr. Capitolo II par. 5.), non è del tutto chiaro quale sia il bene protetto.

⁴⁷⁶ LA ROSA, *La repressione penale della corruzione sportiva: esperienze normative a confronto*, in *Olympialex Review*, 2019, fasc.1, p. 64 ss.

5.4. L'art. 286bis del *Codigo*: norma progressista con alcune criticità. Analogie e differenze col paragrafo 299 StGB.

L'art.286 bis del *Codigo* spagnolo è dunque la codificazione più avanzata in materia di tutela della concorrenza.

Come è stato sottolineato⁴⁷⁷ la norma, al pari di quella tedesca, non presuppone la violazione dei doveri da parte del corrotto; questa opinione può essere accettata purché si faccia riferimento all'art.299StGB nella versione vigente prima del 2015, allorché è stata introdotta la variante lealistica. Il percorso scelto dal legislatore spagnolo è stato invece differente, ed ha comportato l'espunzione dal disposto del riferimento all'*incumplimiento des obligaciones*.

Sotto il profilo teorico lo sforzo è apprezzabile, nella misura in cui la codificazione deve essere integrata (tranne per quanto detto in merito agli usi mercantili concernenti l'adeguatezza del vantaggio, che hanno peraltro carattere solo orientativo) dalle sole leggi extrapenali e non da norme private quali le direttive datoriali, per cui oggi l'art.286 ha, come peraltro le altre tipizzazione in materia di corruzione privata, carattere di norma penale parzialmente in bianco, ma il precetto viene completato attraverso norme di rango primario, *la Ley Defensa de la Competencia* e *la Ley de Competencia Desleal*, con ricadute senz'altro positive in merito alla conoscibilità degli obblighi. Il riferimento esclusivo al mercato, tuttavia, comporta alcuni effetti restrittivi: nei paragrafi precedenti si è visto per esempio che la tangente corrisposta dal cliente al funzionario di banca per ottenere l'erogazione di un mutuo costituisce corruzione privata in Germania, perlomeno dopo la riforma del 2015, ma non in Spagna, dove dal 2015 la legge è rivolta alla sola repressione delle condotte corruttive che ledono il mercato.

Nel 2015, pertanto, in Spagna e in Germania sono entrate in vigore due leggi di riforma sulla corruzione privata, entrambe volte a una migliore trasposizione della Decisione quadro eurounitaria, ma gli esiti sono stati diversi; la norma spagnola è dunque l'unica, fra quelle dei principali Paesi europei, a tutelare in via esclusiva la concorrenza, con la conseguenza che gli altri interessi privatistici (il patrimonio, la fedeltà) e pubblicistici (la tutela dei consumatori, l'ambiente, il vivere civile) ricevono una protezione meramente riflessa.

⁴⁷⁷ OTERO GONZALEZ, *La progresiva ampliacion*, op. cit., p. 25.

L'art.286 bis presenta però degli aspetti di non piena pienamente conformità rispetto alla Decisione quadro: quest'ultima infatti menziona espressamente la violazione dei doveri quale presupposto della corruzione privata e da una lettura sistematica risulta chiaro che una interpretazione dei doveri limitata alla concorrenza leale è alquanto riduttiva. L'art.2 chiarisce che gli Stati membri possono dichiarare di volere limitare l'applicazione dello strumento alle condotte distorsive della concorrenza, ma la riserva era valida per cinque anni a decorrere dal 22 luglio del 2005. Come a dire, in sostanza, che a partire dal luglio del 2010 la concorrenza non può essere il solo bene tutelato: da qui le perplessità sulla scelta spagnola, che risulta progressista per quanto riguarda la protezione del mercato competitivo, non proteggendo però gli altri interessi meritevoli sopra menzionati.

Esulano inoltre dalla tipicità gli accordi corruttivi nell'ambito di organizzazioni non lucrative, perché il legislatore ha ritenuto che fossero meno pericolosi per la concorrenza e più in generale quelli che con valutazione fatta *ex ante* sono del tutto inidonei a pregiudicarla. Questi fatti sono suscettibili, in presenza dei presupposti, di essere sanzionati sotto la fattispecie di amministrazione sleale, che potrebbe così, nonostante le intenzioni del legislatore fossero diverse, mantenere un seppur ristretto ambito applicativo in materia di corruzione privata.

Spiegata la legislazione spagnola, si completerà adesso la disamina con la legge francese di riforma del 2005.

6. La Francia: nel 2005 viene abrogato il vetusto art 152-6 del *Code du travail* e inserita una nuova fattispecie nel codice penale.

In Francia, come abbiamo visto nel secondo capitolo⁴⁷⁸, la lotta alla corruzione privata era affidata a una norma ormai vetusta, l'art.152-6 del *Code du travail*, che per le ragioni già esposte era ampiamente desueta e di scarsa effettività, tanto è vero che tra il 2000 e il 2002 erano state pronunciate soltanto 31 condanne per questo reato, numeri non insignificanti ma comunque modesti.

Uno dei punti di maggiore criticità era il fatto che l'azienda per la quale lavorava il corruttore non subiva alcuna conseguenza, non potendo essere esclusa dalle procedure ad evidenza pubblica, per cui in definitiva i rimedi erano affidati alle iniziative delle singole

⁴⁷⁸ Cfr. par.4.

imprese e ai codici etici che alcune di esse adottavano ⁴⁷⁹; in Francia, inoltre, mancava una chiara consapevolezza dei problemi legati alla corruzione privata, sia nel mondo accademico sia nelle associazioni imprenditoriali e più in generale vi era la carenza di politiche sistematiche per contrastare il fenomeno corruttivo⁴⁸⁰.

Il Parlamento, però, allo scopo di dare esecuzione alla Decisione quadro eurounitaria, con la legge n.750 del 2005 ha abrogato la sopra richiamata disposizione del Codice del lavoro, introducendo nel Codice penale, nel titolo dedicato ai reati contro la pubblica fiducia, la sezione sulla corruzione attiva e passiva delle persone che non esercitano una funzione pubblica, agli articoli da 441-1 a 445-2-1.

Le norme centrali sono contenute nell'art.445-1, per il quale è punito con la pena fino a cinque anni di reclusione e con una multa fino a 500.000 euro, che può essere elevata fino al doppio dei proventi del reato chi, direttamente o indirettamente propone in qualunque momento (*à tout moment*) e in modo indebito a una persona che, senza essere titolare di una funzione pubblica o di un servizio pubblico⁴⁸¹ o essere investita di un mandato pubblico elettivo, presta una attività direttiva o lavorativa al servizio di una persona fisica o morale o per un qualunque organismo, dei doni o dei vantaggi per questa o per altri, affinché essa compia o si astenga dal compiere o per avere compiuto o essersi astenuto dal compiere, un atto della sua funzione o della sua attività, in violazione delle sue obbligazioni legali, contrattuali o professionali; allo stesso modo è punita la dazione dell'utilità indebita. Viene tipizzata così anche la corruzione susseguente (è questo un caso raro in materia di corruzione privata), ma il riferimento alla violazione degli obblighi, anziché all'esercizio della funzione, sembra impedire la criminalizzazione della corruzione per atto d'ufficio alla quale era aperta la normativa previgente.

⁴⁷⁹ BONIFASSI, *France*, in *Private Commercial Bribery* a cura di HEINE, HUBER, ROSE, Freiburg, 2003, p. 106-107.

⁴⁸⁰ DREYFUS, *La corruption: d'un impensé politique à une politique normative*, in *Revue française d'administration publique*, 2020, fasc. 3, p. 609 ss; nel contributo si sottolinea che, nonostante gli sforzi fatti soprattutto nell'ultimo decennio, i risultati ottenuti non possono considerarsi definitivi e occorre pertanto migliorare gli strumenti di contrasto, anche tramite la cooperazione internazionale.

⁴⁸¹ In merito ai requisiti "negativi" della norma, si è precisato che riveste una funzione pubblica chi è titolare di un potere di decisione e di costrizione sulle altre persone, mentre l'incaricato di un servizio pubblico è colui che, pur non avendo poteri decisori, esercita una funzione destinata a soddisfare l'interesse generale (SEGONDS, *Corruption active et passive des personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur pénal des affaires*, 2014, fasc.30, p. 9, (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019), p. 4-5.

Specularmente, all'art. 445-2 viene sanzionata la corruzione passiva e anche in questo caso la tutela è anticipata, dal momento che alla dazione viene equiparata la sollecitazione.

Di particolare interesse sono anche gli artt.445-1-1 e 445-2-1, con i quali il legislatore ha introdotto nel 2012 la corruzione sportiva attiva e passiva, ovvero la dazione e la sollecitazione di doni o vantaggi non dovuti ai partecipanti ad una manifestazione sportiva o ippica che dà luogo a scommesse allo scopo di alterare o come ricompensa per aver alterato il regolare svolgimento della stessa. Gli artt.445-1-1 e 445-2-1 sono stati inseriti dalla legge n.158, con la quale è stato posto in essere un quadro normativo volto a rafforzare l'etica dello sport, la lotta contro il doping, la salute e la formazione degli atleti⁴⁸².

In chiave comparatistica bisogna osservare che la corruzione sportiva è prevista anche in Italia, con l'art.1 della legge n.401 del 1989⁴⁸³ e, come si è visto nelle pagine precedenti, per esempio in Portogallo, Svezia, Spagna, Germania⁴⁸⁴, ed è significativa la scelta del legislatore francese, analoga a quella di Svezia e Spagna, di disciplinarla come sottospecie della corruzione privata, anziché collocarla *aliunde*; secondo parte della dottrina⁴⁸⁵ la norma

⁴⁸² MOLHO, GUILLOT, *La loi visant à renforcer l'éthique du sport e les droits des sportifs*, in *La Semaine Juridique*, 2012, fasc.9, p. 1137.

⁴⁸³ L'art.1 della legge n.401 del 1989 punisce (comma 1) con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 1.000 a 4.000 euro chi offre o promette denaro o un'altra utilità a vantaggio di taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal Coni e dall'Unire o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad essi aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al leale e corretto svolgimento della competizione. Alla stessa pena (comma 2) soggiace il partecipante alla competizione che accetta il denaro o un'altra utilità o vantaggio o ne accoglie la promessa. La legge 401 sanziona non solo la corruzione sportiva, ma anche la truffa e nella prima la tutela risulta notevolmente anticipata, dal momento che l'istigazione viene equiparata quanto alla pena all'accordo vero e proprio, con un arretramento che non si riscontra invece in materia di corruzione pubblica. Vista la sua formulazione, parte della dottrina ritiene che, mentre il primo comma descrive l'istigazione alla corruzione, il secondo invece il reato consumato; in tal modo, però, si tende a fare perdere alla fattispecie il carattere bilaterale che i reati di corruzione assumono nell'ordinamento italiano. Quanto al bene giuridico tutelato, diverse sono le interpretazioni: gli interessi patrimoniali, la lotta alla criminalità organizzata, che cerca di lucrare sulle scommesse clandestine, a monte delle quali spesso c'è un'alterazione del regolare svolgimento della gara o, come sottolineato nella relazione di accompagnamento, la norma sarebbe posta a presidio della correttezza dello svolgimento delle manifestazioni sportive. Qualora si tratti di società quotate in borsa, non potrebbe peraltro escludersi un interesse di natura più marcatamente pubblicitaria, dal momento che l'alterazione della competizione potrebbe pregiudicare azionisti e risparmiatori. Per quanto riguarda i soggetti attivi, a fronte di un'interpretazione restrittiva che comprende solo gli atleti, ce n'è un'altra più estensiva, forse preferibile, che non esclude altri soggetti quali i dirigenti delle società; certo è però che il suo ambito di applicazione è ristretto alle sole gare che si svolgono sotto l'egida di federazioni riconosciute. (Cfr. LA ROSA, *La repressione penale della corruzione sportiva*, op. cit., p. 64 ss.).

⁴⁸⁴ Negli ultimi anni al contrasto alla corruzione sportiva è stata riconosciuta una maggiore importanza anche a livello internazionale; nel 2014 in seno al Consiglio d'Europa è stata aperta alle firme la Convenzione di Magglingen sulla manipolazione delle competizioni sportive, entrata in vigore il primo settembre del 2019; per lo scopo del presente lavoro rileva soprattutto l'art.15, per cui Stati aderenti sono obbligati a sanzionare penalmente la manipolazione delle competizioni sportive implicante pratiche coercitive, di corruzione o fraudolente. Essa è stata ratificata dall'Italia con la legge n.39 del 2019, che ha introdotto la confisca obbligatoria, anche per equivalente e la responsabilità degli enti per frode in competizioni sportive e per l'esercizio abusivo di giochi e scommesse.

⁴⁸⁵ LA ROSA, *La repressione penale della corruzione sportiva*, op. cit., p. 79.

avrebbe caratteristiche diverse rispetto a quella generale degli artt.445-1 e 445-2, ma la struttura sembra analoga.

Rispetto ai modelli italiano, tedesco e spagnolo, la legislazione francese in materia di corruzione sportiva ha una portata applicativa potenzialmente più ampia, dal momento che si fa esclusivo riferimento ad eventi riguardo ai quali vi sono scommesse, senza specificare che essi devono svolgersi nell'ambito di associazioni riconosciute; dall'altro lato, però, la tipizzazione dei soggetti è meno precisa rispetto a quanto accade in Germania e Spagna, per cui è dubbio se possano essere sanzionate anche persone diverse dai partecipanti. In ogni caso è punibile anche la corruzione sportiva susseguente e negli ultimi anni il quadro normativo è stato rafforzato ampliando le interdizioni stabilite dal codice dello sport e obbligando gli atleti a conformarsi ai divieti posti dalle federazioni sportive di scommettere sugli eventi anche per interposta persona, nella consapevolezza che questo può ampliare le occasioni di corruzione⁴⁸⁶.

Per comprendere meglio l'impostazione della legge n.750 è utile fare riferimento al *Rapport* del 9 maggio 2005 all'*Assemblée Nationale*, in materia di alcune disposizioni di adattamento dell'ordinamento francese al diritto comunitario⁴⁸⁷, fra le quali la Decisione quadro in materia di corruzione privata.

Il *Rapport* mette in evidenza i limiti dell'art.152-6 del *Code du travail*: la scarsa effettività di cui si è già detto, insieme all'impossibilità di sanzionare i liberi professionisti, proprio perché non dipendenti da alcuno, la mancanza sia di pene accessorie sia della previsione della responsabilità delle persone giuridiche.

Nonostante questo, alcuni episodi di corruzione privata venivano puniti indirettamente attraverso i reati di abuso dei beni sociali e abuso di fiducia, norme però di rilievo privatistico, mentre la corruzione privata, nell'impostazione eurounitaria, protegge anche interessi pubblicistici. Si sottolinea inoltre come, in modo opportuno, il legislatore non abbia ritenuto di avvalersi della clausola di cui all'art.2 della Decisione quadro che consentiva a ciascuno Stato di limitare, per cinque anni dal termine stabilito per l'esecuzione dello strumento (quindi fino a luglio del 2010), il rilievo penale alle sole condotte lesive della

⁴⁸⁶ PORACCHIA, *Un an de sport dans le droit de la communication*, in *Communication Commerce électronique*, n.11, novembre 2017, chron.12, p. 6.

⁴⁸⁷ Il *Rapport*, a cura del deputato E. Blessig, è consultabile sul sito www.assemblee-nationale.fr

concorrenza; tale scelta sarebbe però stata, oltre che restrittiva, in completa controtendenza con la norma previgente, di impostazione rigorosamente lealistica.

La violazione di norme inerenti ai doveri professionali, che possono essere legislative, regolamentari, deontologiche o contrattuali rimane quindi un requisito dal quale non si può prescindere; occorre comunque che il corrotto abbia un potere decisionale⁴⁸⁸, per cui sembra doversi escludere chi esercita mere mansioni d'ordine, come del resto nella legge previgente e da qui deriva l'ascrizione della norma ai cosiddetti "delitti di potere". Secondo l'interpretazione maggioritaria acquista rilievo anche la *para-corruption*, ossia le dazioni illecite ricevute per compiere o omettere atti anche soltanto facilitati dalla funzione ricoperta dall'agente⁴⁸⁹; il legislatore, inoltre, avendo introdotto una norma che, seppur non onnicomprensiva è di ampia portata, ha provveduto nel 2011 ad abrogare l'articolo 411-8 del *Code pénal*, riguardante la corruzione attiva e passiva per il rilascio di un'attestazione materialmente falsa, ritendendo tali condotte sussumibili agli articoli 445-1 e 445-2⁴⁹⁰.

La legge del 2005 innanzitutto amplia in modo considerevole il novero dei soggetti attivi, includendovi non solo le imprese del "terzo settore", i liberi professionisti, per cui non riguarda solo le relazioni fra dipendente e imprenditore, ma «*toute relation professionnelle quelle qu'en soit la forme*»⁴⁹¹ e risolve in modo definitivo il dibattito, del quale si è dato conto nel secondo capitolo⁴⁹² in sede di analisi dell'articolo 152-6, in merito alla punibilità dei dirigenti, non ammessa per la tesi restrittiva; oggi è invece pacifico che anche chi esercita funzioni direttive può commettere fatti di corruzione privata, mentre è esclusa la corruzione passiva dell'imprenditore, dato che abbiamo visto essere costante nelle altre legislazioni.

In merito all'accordo, bisogna precisare che a partire la legge del 17 maggio 2011 ha reso punibile anche la corruzione susseguente, grazie all'inserimento negli artt.445-1 e 445-2 della locuzione *à tout moment*, per cui non occorre più verificare l'antioriorità del patto⁴⁹³: in questo senso la norma francese si presenta più estensiva rispetto alle altre sin qui esaminate.

⁴⁸⁸ PERSIO, *Il reato di corruzione, fra privati nell'esperienza italiana e francese: modelli di tutela a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc.12, p. 4258-4259.

⁴⁸⁹ SEGONDS, *Corruption active et passive des personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur pénal des affaires*, fasc.30/2014, p.9, (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019), p. 13.

⁴⁹⁰ BEAUSSONIE, SEGONDS, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, fasc.4, p. 883.

⁴⁹¹ AYED, *La lutte contre la corruption privée*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, n.5, settembre 2011, dossier 32, p. 2.

⁴⁹² Cfr. par.4.

⁴⁹³ SEGONDS, *Un an de droit pénal du travail*, in *La semaine juridique sociale*, 13 novembre 2018, p. 1361.

Riguardo alla quantificazione di ciò che costituisce tangente, il codice penale francese non prevede nulla⁴⁹⁴, ma l'AFA (*Agence Française Anticorruption*) ha pubblicato delle linee guida⁴⁹⁵ in merito ai *cadeaux et les invitations dans les entreprises*, in parte riconducibili alla tematica della *corporate hospitality* esaminata nel capitolo precedente⁴⁹⁶ in relazione al *Bribery Act*. Fermo restando che le imprese hanno la possibilità di vietarli del tutto, se invece li consentono devono fissare delle regole e vigilare sulla loro applicazione, attraverso controlli di natura gerarchica, contabile e più in generale di audit interno, istituendo se del caso un *registre des cadeaux*. Dall'altra parte il giudice penale, al fine di discernere l'illiceità della condotta, deve tenere presente alcuni indicatori, quali la finalità dei doni o degli inviti (se costituiscono la contropartita di un patto criminoso), il loro ammontare (gli enti privati possono stabilire una soglia consentita), nonché la loro frequenza. In sostanza in questo campo l'autoregolamentazione privata riveste un ruolo fondamentale e può persino determinare l'esito del giudizio.

Il legislatore francese, in definitiva, ha inteso adottare una norma ad ampio spettro, in grado di ricomprendere tutti coloro che non esercitano una funzione o un servizio pubblici. La procedibilità è d'ufficio e di conseguenza, considerati gli interessi anche pubblicistici tutelati, dovrebbe ritenersi che il consenso del datore di lavoro alla percezione della tangente non escluda la natura illecita della condotta.

La legge attuale, oltre a prevedere pene detentive più severe rispetto a quanto richiesto dalla Decisione quadro, ha introdotto pene accessorie «*plus efficaces*»⁴⁹⁷: l'interdizione fino a cinque anni dall'esercizio dell'attività nell'ambito della quale il fatto è stato commesso, la confisca (di particolare rilievo quale deterrente), la pubblicazione della sentenza, che potrebbe costituire una pubblicità negativa per le imprese coinvolte e la responsabilità delle persone giuridiche. Per queste ultime le sanzioni sono la pena pecuniaria, l'interdizione fino a cinque anni da uno o più settori di attività, la chiusura delle sedi delle quali l'impresa si è servita per commettere i fatti di corruzione, l'esclusione dalle procedure ad evidenza

⁴⁹⁴ MALGRAIN, DURAND, PICCA, *France*, in *Bribery & Corruption 2020*, London, p.74 ss.; si è precisato tuttavia che oggi, a differenza del passato, la tangente non deve necessariamente costituire un vantaggio oggettivo, ma è sufficiente che costituisca un accrescimento nella considerazione di chi la riceve, con la conseguente valorizzazione degli aspetti soggettivi (Segonds, *Corruption active et passive des personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur pénal des affaires*, 2014, fasc. 30, p. 12 (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019).

⁴⁹⁵ Le ultime linee guida in materia, datate 11 settembre 2020, sono consultabili sul sito www.agence-francaise-anticorruption.gov.fr.

⁴⁹⁶ Cfr. par. 2.5.

⁴⁹⁷ *Rapport* a cura di BLESSIG, *op. cit.*

pubblica⁴⁹⁸, la sospensione della facoltà di emettere assegni, la confisca e la pubblicazione della sentenza come per le persone fisiche; di notevole rilievo al fine di combattere la *corporate bribery* è la *Loi Sapin II* del 2016, per la quale si rimanda all'ultimo capitolo⁴⁹⁹.

6.1 L'adempimento piano degli obblighi eurounitari e il carattere plurioffensivo della nuova fattispecie.

In merito alla legge del 2005 la Commissione Europea, nello *EU Anti Corruption Report* del 2014⁵⁰⁰, ha sottolineato che la Francia ha trasposto in modo corretto la Decisione quadro, in particolare per quanto concerne la responsabilità delle persone giuridiche, aumentando l'importo massimo della pena pecuniaria. Nel 2019 la stessa Commissione ha però evidenziato la limitatezza della giurisdizione delle corti francesi per i fatti di corruzione commessi all'estero, che mentre per il settore pubblico è stata ampliata con la *Loi Sapin II*, per quella privata rimane ancorata al requisito della doppia incriminazione ed è inoltre necessaria la denuncia della vittima o una richiesta ufficiale da parte dello Stato nel quale è avvenuto il fatto⁵⁰¹. Da ciò si deduce che il respiro sovranazionale della legislazione francese è molto limitato e se non altro non è possibile muoverle i rilievi di imperialismo culturale contestati al *Bribery Act*.

La dottrina francese ha precisato che, eccezion fatta per i soggetti attivi per forza di cose diversi, «*l'incrimination ne présente pas de grande originalité par rapport a la corruption de droit commun*»⁵⁰² di cui agli articoli 432-11 e 433-1, che concerne invece le persone che detengono una pubblica autorità, incaricate di una missione o di un servizio pubblico o di un

⁴⁹⁸ Riguardo all'effettività dell'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, prevista anche per fattispecie diverse dalla corruzione privata (es. concussione, traffico d'influenza, estorsione, frode fiscale), sono state però delle perplessità, nel senso che le imprese partecipanti devono limitarsi a rilasciare un'autodichiarazione alla stazione appaltante e gli eventuali controlli sono solo successivi; per di più l'interdizione viene comminata dal giudice penale solo in pochi casi e può essere evitata attraverso la conclusione di accordi transattivi con la pubblica autorità (cfr. GUILLEMIN, CHANZY, *Exclusion des marchés publics pour corruption: la théorie et la pratique*, in *La semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2019, p. 1395 ss).

⁴⁹⁹ Cfr. Capitolo VI par.6. La dottrina francese ha precisato che, grazie alla legge *Sapin II* si è verificato un processo di privatizzazione nella lotta contro la corruzione, da intendersi quale coinvolgimento dei soggetti privati attraverso alcuni meccanismi quali «*la qualité de lanceur d'alerte*» il fatto che alcune persone giuridiche debbano elaborare «*un programme de conformité*» (cfr. STASIAK, *La privatisation de la lutte contre la corruption*, in *Droit pénal*, n.6, giugno 2019, dossier 2, p. 3).

⁵⁰⁰ Cfr. pp.3-4 del Rapporto.

⁵⁰¹ CLAUDE, CHAMPAVERE, *Lutte contre la corruption*, in *Revue International de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2019, fasc 5.

⁵⁰² LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, SALOMON, *Droit penal des affaires*, Paris, 2020, p. 194.

mandato pubblico elettivo; viene infatti ripresa la stessa struttura dell'illecito, la tradizionale bipartizione in corruzione attiva e passiva, mentre le pene sono notevolmente più lievi.

Sono stati peraltro evidenziati dei limiti alla repressione della corruzione privata, alcuni estrinseci (la difficoltà di provare il patto corruttivo) e altri intrinseci, ovvero il termine di prescrizione di tre anni per l'esercizio dell'azione penale e l'orientamento restrittivo della giurisprudenza in merito alla costituzione di parte civile, per la cui legittimazione occorre provare l'esistenza di un pregiudizio diretto derivante dal *pactum sceleris*⁵⁰³.

E' quindi condivisibile l'opinione di chi⁵⁰⁴ rileva che il Parlamento francese si è limitato a trasporre la Decisione quadro, senza introdurre quindi particolari elementi di originalità. In definitiva, come è stato esplicitamente affermato, le motivazioni alla base dello strumento eurounitario costituiscono le *raisons d'être de la corruption privée*, che non poteva più essere affrontata in una logica puramente nazionale⁵⁰⁵: da qui l'inadeguatezza della legge previgente.

Il fatto che le norme sono oggi contenute nel codice penale non ha soltanto una rilevanza simbolica, ma ne agevola la conoscibilità e oggi la corruzione privata è parte integrante di un sistema che con la *Loi Sapin II* chiama le imprese di maggiori dimensioni a mettere in atto procedure di valutazione del rischio anche in questo senso e ad apprestare codici di condotta.

Per quanto riguarda il bene giuridico tutelato, occorre premettere che è in parte scomparso l'impianto fiduciario del vecchio articolo 152-6 (la menzione del fatto che la tangente dovesse essere data all'insaputa del datore di lavoro e della conseguente procedibilità a querela, al posto della quale c'è il più sfumato riferimento alla violazione dei doveri)⁵⁰⁶, mentre il riferimento alla concorrenza non è esplicito. Questo è probabilmente dovuto al fatto che, come menzionato sopra, la Francia non ha voluto avvalersi della clausola di riserva, per cui l'intenzione è stata quella di costruire una norma con un ambito di applicazione molto ampio, per cui vengono tutelati sia gli interessi privatistici del datore di

⁵⁰³ AYED, *La lutte*, op. cit., p. 5. Riguardo alla prescrizione, però, oggi la *Cour de cassation* ascrive la corruzione al novero delle *infractions clandestines*, per cui la prescrizione decorre dal momento in cui il reato è stato scoperto (M.Segonds, *Corruption active et passive des personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur pénal des affaires*, 2014 fasc.30, p. 16 (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019).

⁵⁰⁴ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 62-64.

⁵⁰⁵ SEGONDS, *Corruption active et passive*, op. cit., p. 3.

⁵⁰⁶ Per quanto riguarda la segretezza del patto, prevista dall'abrogata norma del *Code du Travail*, è stato precisato che "*la condition de clandestinité doit être vérifiée pour les faits antérieurs à la loi du 4 juillet 2005*", per il principio di irretroattività (cfr SEGONDS, *Un an de droit pénal du travail*, in *La semaine juridique social*, 13 novembre 2018, p. 1358).

lavoro, che non potrebbe però opporsi ad un eventuale *strepitus fori* visto il mutato regime di procedibilità, sia quelli pubblicistici legati alla concorrenza leale e alla fiducia nel mercato. Quest'ultimo aspetto assume particolare rilievo, vista anche la collocazione della norma tra i reati che violano la fiducia pubblica, per cui essa, pur nel suo eclettismo, risulta sbilanciata verso la tutela di interessi sovraindividuali, in modo comunque meno marcato rispetto a quanto avviene in Germania (o perlomeno avveniva in modo esclusivo ante 2015) e in Spagna.

7. Conclusioni: l'approccio pubblicistico non risulta da solo pienamente soddisfacente. Il problema della corruzione passiva dell'imprenditore.

A questo punto è possibile estendere delle riflessioni conclusive sui modelli di ispirazione pubblicistica, con particolare riguardo alla concorrenza, dal momento che gli altri valori tutelati, evidenziati nella parte iniziale del capitolo, non hanno avuto riflessi concreti nelle codificazioni.

La prima questione da affrontare, forse la più delicata, riguarda la mancata previsione della corruzione passiva dell'imprenditore. Dal punto di vista empirico è chiaro che anche l'imprenditore rientra nel novero dei soggetti corruttibili e può ledere la concorrenza, ma nella pratica le legislazioni di stampo pubblicistico esaminate non lo menzionano, nemmeno l'art.286bis del *Codice* spagnolo. I tentativi della dottrina tedesca e spagnola di ricomprenderlo sono stati respinti dalle tesi maggioritarie, mentre il *Bribery Act*, come detto, per la sua ampia formulazione non lo esclude a priori. Gli strumenti sovranazionali non richiedono questa misura, a differenza del progetto Eurodelitti⁵⁰⁷, che però è una proposta accademica finora rimasta tale.

Una tesi critica verso questa omissione sostiene che a motivo di ciò nemmeno le legislazioni tedesca e spagnola tutelano in modo davvero pieno la concorrenza, avendo invece adottato una concezione trilaterale di corruzione (corruttore-corrotto-datore di lavoro del corrotto) anziché la *principal-to principal bribery* e ha formulato una fattispecie *de lege ferenda* in materia di corruzione privata costruita unicamente sulla tutela della concorrenza che prevede la corruzione passiva dell'imprenditore⁵⁰⁸. Quest'ultima non è peraltro

⁵⁰⁷ Cfr. Capitolo I par.8.

⁵⁰⁸ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 491-494. La proposta prevede la corruzione passiva di chiunque (quindi anche dell'imprenditore) nell'esercizio di un'attività professionale o imprenditoriale...per effetto della dazione o della promessa di una retribuzione non dovuta...compie o omette un atto al fine di favorire indebitamente qualcuno nella compravendita di beni o nella fornitura di servizi. In modo speculare è sanzionata la corruzione

patrimonio dei soli modelli “puri” pro-concorrenza, in quanto si ritrova anche in proposte che hanno quale elemento costitutivo la violazione dei doveri; si fa riferimento non solo al progetto Eurodelitti, ma anche a un più risalente studio che patrocinava l'introduzione della seguente norma : “ il privato che, al fine di compiere atti contrari ai doveri propri dell'attività lavorativa, autonoma o dipendente, o agli interessi del proprio datore di lavoro o del proprio cliente, riceve per sé o per un terzo, denaro o un'altra utilità, o ne accetta la promessa, se il fatto non costituisce più grave reato, è punito...”⁵⁰⁹.

Il problema, pur stemperato nella prassi dal fatto che, a parte le imprese individuali, l'imprenditore è di solito titolare di cariche sociali e quindi risulta punibile in virtù delle posizioni di amministratore o dirigente, sussiste comunque.

Sembra però che un'incriminazione generalizzata della corruzione passiva dell'imprenditore possa determinare esiti non del tutto chiari, dal momento che questi può praticare, in linea di principio e salvo eccezioni, i prezzi che vuole e se sceglie di favorire chi lo paga di più, a scapito di un contratto concluso con un terzo, commette un illecito civile e potrà essere chiamato a risarcire il danno. Il rischio sarebbe allora quello di non riuscire, in alcuni casi, a discernere la differenza fra violazione di un contratto, responsabilità extracontrattuale da contratto (laddove venga stipulato un contratto in danno di un terzo) e illecito penale: potrebbe persino sostenersi che l'imprenditore, qualora ometta di rispettare un contratto di vendita beni o servizi perché qualcun altro lo ha pagato di più, magari in nero, per essere preferito nella fornitura, debba incorrere nella sanzione penale. Il che è sproporzionato.

Si potrebbe, al più, prevedere la corruzione passiva di soggetti appartenenti alle professioni protette per le quali è necessaria l'iscrizione ad un albo. Nei loro confronti agli obblighi *civilistici erga omnes* si aggiungono infatti quelli previsti dai codici deontologici dei rispettivi ordinamenti e pertanto la fiducia dei consociati è più forte a causa del titolo che detengono.

A parte questo aspetto, i Paesi esaminati nel capitolo hanno dato risposte diverse alla necessità di trasporre la Decisione quadro eurounitaria.

attiva ed è prevista, coerentemente con la disciplina in materia di corruzione pubblica, una causa di non punibilità in caso di autodenuncia e collaborazione con le autorità (cfr. p. 558).

⁵⁰⁹ NUNZIATA, *Verso l'(indispensabile) incriminazione della corruzione inter privatos: primi spunti di riflessione*, in *Riv. Pol.*, 1998, p. 422.

La Germania, partendo da un modello “storico” volto in via esclusiva alla tutela della concorrenza, a seguito di ulteriori riflessioni ha innestato una variante lealistica che si aggiunge al diritto esistente, chiudendo in modo apprezzabile gli spazi prima lasciati scoperti.

In modo opposto la Spagna ha espunto del tutto il riferimento alla violazione dei doveri, con una scelta carica di valore simbolico ma forse non del tutto rispettosa della Decisione quadro, che è invece aperta a valori ulteriori rispetto alla concorrenza, innanzitutto il rispetto delle relazioni giuslavoristiche.

La Francia, infine, ha scelto un modello eclettico (in quanto tutela una pluralità di beni pubblici e privati) che, pur meno interessante dal punto di vista dello studio, adempie correttamente agli obblighi sovranazionali.

Nelle pagine precedenti si è sostenuta la legittimità di una norma repressiva della corruzione privata in funzione della tutela della concorrenza in senso macroeconomico e strutturata come fattispecie di pericolo, ma questa affermazione deve essere correttamente intesa.

Anzitutto, come è stato giustamente sottolineato, in materia economica il diritto penale non è il solo mezzo di intervento e, al fine di evitare la costruzione di mere fattispecie simboliche, è opportuno che venga integrato con strumenti ulteriori di natura amministrativa⁵¹⁰, civile e persino forme di autoregolamentazione aziendale quali i codici etici, che hanno la funzione di completare i precetti legislativi e rafforzarne l'osservanza, facendoli introiettare ai soggetti⁵¹¹; questo vale anche per la corruzione privata.

Fermo restando quindi il contributo che le altre branche del diritto possono dare, il fatto che la concorrenza venga compresa fra gli oggetti della tutela, o che sia il principale di essi, non sembra giustificare una norma, come quella spagnola, volta in modo esclusivo alla sua protezione.

Vi sono infatti beni di natura giuslavoristica (la fedeltà del dipendente verso il datore di lavoro, che non è concezione antiquata, ma cura di interessi giuridici in forza di un contratto) e patrimoniale che meritano comunque protezione e non possono essere degradati a posizioni occasionalmente protette nel momento in cui si sanzionano condotte anticoncorrenziali. La

⁵¹⁰ MOCCIA, *Riflessioni sui nodi problematici della normativa italiana in materia di criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, fasc.1, p. 9 ss.

⁵¹¹ PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, fasc.4, p. 1049 ss.

violazione dei doveri, alla quale fanno per esempio riferimento la Decisione quadro e la Convenzione dell'OCSE, non può essere pretermessa a meno di non volere costruire una norma incompleta. Ciò è stato ben compreso dal legislatore tedesco che è intervenuto nel 2015 per inserire la variante lealistica nel paragrafo 299 StGB.

Oltretutto, un reato di corruzione privata che non menziona la violazione dei doveri, facendo invece riferimento alla condotta di chi preferisce qualcun altro in modo sleale, dovrà necessariamente essere integrato da norme extrapenali diverse da quelle lavoristiche o dalle direttive private, salvo che non si voglia farle rientrare surrettiziamente, il che costituirebbe un tradimento dello scopo perseguito. Di conseguenza un legislatore accorto, prima di introdurlo, dovrebbe verificare se esiste un *corpus* extrapenale, di carattere necessariamente pubblicistico, capace di eterointegrare il precetto, pena la costruzione di un guscio vuoto e inapplicabile.

Pertanto, per non creare una fattispecie di carattere simbolico o comunque incapace di applicarsi a tutti i fatti "bisognosi" di tutela penale, il modello pubblicistico non è di per sé solo sufficiente, dovendo darsi rilievo a interessi ulteriori; sotto il profilo pratico la fattispecie francese, pur avendo un'identità meno precisa, appare funzionale allo scopo.

Esaurita la trattazione dei modelli pubblicistici, nel prossimo capitolo sarà esaminata la disciplina italiana in materia di corruzione privata, con riferimento alla norma più importante, l'art.2635 del codice civile.

CAPITOLO V

IL MODELLO ITALIANO DI CORRUZIONE PRIVATA: L'ART.2635 DEL CODICE CIVILE

SOMMARIO: 1. L'assenza di una prospettiva di ampio respiro. - 2. La difficile genesi dell'art. 2635: l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità. Una norma nata male. - 3. I tentativi infruttuosi di riforma. - 4. Le sollecitazioni del GRECO e le modifiche del 20125. - 5. L'art. 2635 post 2012: fu vera corruzione? - 6. La riforma del 2017 "obbligata" dalla Commissione Europea. - 7. Il controverso riferimento agli obblighi di fedeltà e la tutela della concorrenza. - 8. Conclusioni sulla riforma del 2017: la tutela del patrimonio e della concorrenza restano sullo sfondo, avanza il modello lealístico. - 9. La modifica del 2019: ne risulta un modello di stampo francese seppur meno avanzato. - 10. I rapporti irrisolti con l'art. 2635bis. L'art. 2635bis quale fattispecie unilaterale. - 11. L'infedeltà patrimoniale: cenni sulla fattispecie. - 12. I rapporti controversi fra l'infedeltà patrimoniale e l'infedeltà a seguito di dazione o promessa...- 13. ...E quelli fra l'infedeltà patrimoniale e la corruzione tra privati.

1. L'assenza di una prospettiva di ampio respiro.

La tematica della corruzione fra privati, prima dell'adozione degli strumenti eurounitari che ne imponevano la criminalizzazione, ha ricevuto una considerazione marginale nel nostro Paese.

Questa affermazione deve però essere intesa non nel senso di una totale assenza di disciplina, ma nel senso che mancava un disegno complessivo volto a sanzionarla, per cui il sistema è stato in modo significativo definito «pulviscolare»⁵¹², caratteristica che dura ancora oggi, in quanto non esiste una norma generale in materia di corruzione privata.

Le norme oggi presenti sono contenute non solo nel codice penale, ma anche in quello civile e in leggi speciali. Si ricordano la corruzione del cittadino da parte dello straniero (art.246 c.p.), i delitti di astensione dagli incanti (artt.353 e 354 c.p.), il mercato di voto nelle procedure concorsuali (art.223 l. fall.), la corruzione sportiva (art.1 l.n.401/1989), il

⁵¹² FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, In www.federalismi.it, 17 novembre 2010, p. 9.

comparaggio (artt. 170 -172 del TULS), la corruzione dei revisori (artt.27 e 28 del dlgs.n.39/2010)⁵¹³.

Nel presente lavoro oggetto della disamina sarà la norma più importante, ovvero l'art.2635 del codice civile (d'ora innanzi l'art.2635), introdotto col dlgs. n.61/2002 per adempiere, in modo peraltro non soddisfacente, all'allora vigente Azione comune, anche se parte della dottrina dubita di questo, rilevando che non si rinvencono né nella legge delega né nella relazione al decreto indici della volontà di dare esecuzione agli obblighi europei⁵¹⁴.

Sarà ripercorsa la lunga storia della norma in parola, novellata nel 2012, 2017 e 2019⁵¹⁵, esaminando gli esiti di ogni modifica, allo scopo di comprendere gli interessi tutelati e se la fattispecie risultante può definirsi davvero corruzione privata.

La disamina comprenderà anche l'istigazione alla corruzione tra privati di cui al successivo art.2635bis, che a causa di una infelice tecnica normativa è di difficile coordinamento con l'art.2635 e soprattutto il problematico rapporto (soprattutto nella versione del 2002) con l'infedeltà patrimoniale di cui all'art.2634.

Prima di procedere con l'analisi, occorre premettere che, nonostante la dottrina italiana, prima di recepire le spinte eurounitarie, non avesse attribuito particolare importanza alla corruzione privata, sono presenti nondimeno alcuni contributi che affrontano il problema, seppur spesso non quale nodo centrale dello studio.

Già a metà del secolo scorso⁵¹⁶ si era rilevata l'insufficienza della fattispecie di appropriazione indebita per reprimere i comportamenti abusivi dei gestori, specialmente nei casi in cui la loro infedeltà fosse motivata da una contropartita proveniente da un terzo⁵¹⁷; la proposta formulata era però quella di introdurre un reato di infedeltà, strutturato in modo avanzato sulla base del pericolo presunto, con la conseguenza che la corruzione sarebbe stata repressa soltanto in via mediata.

⁵¹³ Per una disamina di queste fattispecie si rimanda per esempio a LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, p. 161 ss.

⁵¹⁴ ZAMBUSI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art.2635 c.c.): alcuni aspetti problematici*, in *Ind.pen.*,2005, fasc.3, p. 1041.

⁵¹⁵ Il primo intervento, di importanza marginale, avvenne in realtà con la l.n.262/2005, che prevedeva un aumento di pena per i fatti commessi nelle società quotate o con titoli in mercati regolamentati.

⁵¹⁶ PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*,1953, fasc.3, p. 529 ss.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 550.

Quasi vent'anni dopo, in modo ancora più esplicito⁵¹⁸, venne ravvisata la necessità di avvicinare gli amministratori delle società private ai dipendenti della PA, attraverso la previsione di fattispecie di corruzione simili a quelle presenti in ambito pubblico: si tratterebbe, secondo questa impostazione, di sanzionare condotte differenti dal mero inadempimento di obblighi formali, criminalizzando in una prospettiva avanzata il *pactum sceleris*, a prescindere quindi dal fatto che vi venisse poi data esecuzione. Ciò doveva peraltro essere coordinato con una fattispecie di infedeltà patrimoniale *de iure condendo*, della quale nella parte finale del contributo si propone una tipizzazione in tre forme diverse⁵¹⁹.

A metà degli anni '90 il tema ha riscosso maggiore attenzione, a causa della vicenda "Tangentopoli" che ha dimostrato la significativa diffusione della corruzione nel sistema economico, in un quadro normativo che oscillava fra sanzioni severe per i soggetti dotati di qualifiche pubblicistiche e assenza di ogni intervento per quelli che ne erano privi.

Partendo da un concetto di corruzione quale fatto naturalistico, suscettibile di essere commesso in ambito pubblico e privato, si proponeva di introdurre, sempre come avamposto di una auspicata norma sull'infedeltà patrimoniale, un reato di corruzione degli amministratori di società, in una prospettiva però diversa dallo statuto penale della PA. Si tratta infatti, in questa prospettiva, di tutelare non il bene indisponibile del buon andamento dell'ente con riguardo agli interessi della collettività, ma di presidiare valori quali la trasparenza, la correttezza e la fiducia nella gestione societaria⁵²⁰.

Tirando le somme di quanto esposto, si nota che nella prospettiva seguita in dottrina la corruzione privata veniva vista come un fenomeno incardinato nel diritto societario, con limitazione ai soli amministratori, trascurando però il fatto che questo fenomeno può riguardare anche altri soggetti; l'impostazione commercialistica è peraltro mantenuta ancora oggi dall'art.2635. Per di più, le finalità che ci si proponeva di perseguire non andavano oltre la tutela di interessi privatistici (il patrimonio e la fiducia), con esclusione della concorrenza.

⁵¹⁸ MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1971, fasc.3, p. 707 ss.; il contributo è stato tra l'altro richiamato da BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur.Comm.*, 1985, p. 729, dove si faceva presente che nella prospettiva della costruzione di uno statuto penale dell'impresa doveva essere considerata la possibilità di introdurre una fattispecie di corruzione dei gestori, «non necessariamente posta in essere a fini di concorrenza».

⁵¹⁹ Cfr. La parte finale del capitolo, dedicata ai rapporti fra l'art.2635 e l'infedeltà patrimoniale.

⁵²⁰ SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, fasc.3, p. 990 ss.; FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1994, fasc.4, p. 963 ss.

Infine, la corruzione privata era considerata in stretto rapporto con una fattispecie di infedeltà patrimoniale della quale era patrocinata l'introduzione, in una progressione pericolando⁵²¹.

Proprio per questi motivi è stata sottoposta a critica la proposta avanzata nel 1994 e poi decaduta dai senatori Pellegrino e Scopelliti di introdurre all'art.640ter del codice penale una norma denominata l'infedeltà patrimoniale del rappresentante o del mandatario, che puniva chiunque non rivestendo la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, nell'esercizio di un potere rappresentativo o di un mandato, si procura o comunque accetta la dazione o la promessa di denaro o di altra utilità.

Si rilevava infatti⁵²² che sarebbe stato meglio introdurre tale reato in ambito societario, con un campo di applicazione quindi più ristretto. Peraltro, una fattispecie volta a sanzionare la corruzione del mandatario, presente per esempio nell'ordinamento austriaco⁵²³, manca ancora oggi in Italia⁵²⁴.

Queste riflessioni hanno senz'altro avuto dei riflessi nella prima formulazione dell'art.2635, all'esito di un percorso che adesso sarà esposto.

2. La difficile genesi dell'art. 2635: l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità. Una norma nata male.

Il legislatore, in realtà, non è intervenuto appositamente per dare esecuzione all'Azione comune, donde le perplessità espresse dalla dottrina sopra riportata, ma nel quadro più ampio della riforma del diritto societario.

Le ragioni della riforma risiedevano nell'inadeguatezza del precedente sistema, risalente al 1942, con i conseguenti interventi della giurisprudenza in funzione di supplenza e nei profondi mutamenti del sistema economico.

Nel corso della XXIII Legislatura fu istituita la Commissione Mirone, così chiamata dal nome del suo presidente, allora sottosegretario al Ministero dell'Economia, col compito di

⁵²¹ Questa affermazione deve essere intesa nel senso che, per gli orientamenti menzionati, la corruzione privata, quale reato di pericolo, avrebbe dovuto fungere da avamposto all'infedeltà patrimoniale, reato di danno e quindi più grave.

⁵²² FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, p. 585 ss.

⁵²³ Cfr. Capitolo II par.7.

⁵²⁴ Più articolata era invece la proposta, sempre decaduta, presentata nel 1999 dai deputati Mammola e altri. Si proponeva infatti l'introduzione dell'infedeltà del mandatario all'art.646bis c.p., con punibilità anche per il corruttore, e all'art.2631 bis l'infedeltà dell'amministratore di società derivante da corruzione. In tal modo si comprendevano sia l'ambito commercialistico sia i rapporti di mandato.

riformare la parte societaria del codice civile, in modo da superare le modifiche settoriali intervenute nei decenni precedenti.

Essa elaborò un progetto presentato al Parlamento il 20 giugno del 2000, contenente uno schema di legge delega all'esecutivo; quest'ultimo, a sua volta, avrebbe approvato un decreto di riforma del diritto societario in materia civile e penale.

Per quanto riguarda i profili penalistico, il Progetto Mirone cercò di razionalizzare le norme esistenti e di introdurre nuove fattispecie laddove ritenuto necessario, con risultati ritenuti dalla dottrina compromissori e di sistemazione delle fattispecie già esistenti⁵²⁵.

Fra le novità di maggior interesse risaltavano le proposte di introdurre due nuove fattispecie: l'infedeltà patrimoniale e una forma di corruzione degli amministratori di società.

Riguardo a quest'ultima, la relazione al Progetto⁵²⁶ precisava che lo scopo non era solo quello di uniformare l'ordinamento alle istanze sovranazionali, ma anche di razionalizzare degli aspetti già presenti nella disciplina codicistica⁵²⁷. La norma proposta, strutturata sul modello della corruzione propria antecedente, era orientata alla protezione del patrimonio sociale più che alla tutela di un astratto dovere di fedeltà⁵²⁸.

La fattispecie di corruzione in ambito societario consisteva “nel fatto degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva pericolo di nocimento per la società”; la punibilità veniva estesa anche a chi dava o prometteva l'utilità. Non venivano delineate pene edittali, perché si riteneva che questa scelta spettasse al Parlamento.

La dottrina⁵²⁹ ha ritenuto che la norma del Progetto Mirone non fosse vera corruzione, perché la tutela era incentrata esclusivamente su interessi interni alla società, di natura patrimoniale, non rispondendo quindi agli obblighi eurounitari; si trattava pertanto di un

⁵²⁵ ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2002, p. 20 e GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2004, p. 147-148.

⁵²⁶ Cfr. Relazione, in *Riv.soc.*, 2000, p. 80.

⁵²⁷ Il riferimento era all'art.2624 allora vigente, che puniva con la reclusione da uno a tre anni e con la multa gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che contraggono prestiti sotto qualsiasi forma, direttamente o per interposta persona, con la società, con una controllante o una controllata o che si fanno prestare da tali società garanzie per i debiti propri.

⁵²⁸ Cfr. Relazione, *cit.*, p.73.

⁵²⁹ ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind.pen.* 2005, fasc.2, p. 550-551.

modello ispirato alla privatizzazione della tutela, nel quale non trovavano posto aspetti pubblicistici. La fattispecie, di pericolo, trovava però la sua ratio in rapporto all'infedeltà patrimoniale, che richiedeva invece il danno. Nonostante le differenze fra i due reati⁵³⁰, si può ritenere che nell'impostazione originaria la corruzione fosse concepita come avamposto dell'infedeltà, per cui l'intenzione sembrava quella di costruire un microsistema a tutela del patrimonio della compagine.

Il Progetto Mirone non ebbe però esito, in quanto decadde con la fine della legislatura; all'inizio della successiva la riforma del diritto societario fu finalmente portata a compimento con due decreti legislativi, il n.61/2002 per gli aspetti penalistici e il n.6/2003 per quelli civilistici, con le conseguenti critiche formulate in dottrina in merito al fatto che le norme di presidio fossero entrate in vigore prima di quelle commercialistiche⁵³¹.

Per quanto concerne la corruzione, rileva l'art.11 della legge n.366 del 2001, che al punto n.13 prevedeva l'introduzione del reato di “comportamento infedele, consistente nel fatto degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva nocumento per la società”⁵³².

Sulla base della delega venne approvato l'art.2635, rubricato infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità: “1. gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. 2. La stessa pena si applica a chi dà o promette utilità. 3. Si procede a querela della persona offesa”.

Il testo della norma ricalca fedelmente la legge delega, a parte il *nomen juris*, che nel Progetto Mirone era corruzione, per poi mutare in comportamento infedele nel corso dei lavori parlamentari e infine trovare la versione definitiva a seguito dell'esercizio della delega; venivano sanzionati i comportamenti corruttivi antecedenti, secondo un'impostazione che dura ancora oggi e la fattispecie era senz'altro a concorso necessario, secondo il modello tradizionalmente seguito dal legislatore italiano nella corruzione pubblica⁵³³.

⁵³⁰ In merito ai rapporti fra gli artt.2635 e 2634 si rimanda alla seconda parte del capitolo.

⁵³¹ ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale*, op. cit., p. 10.

⁵³² ZAMBUSI, *Infedeltà*, op. cit., p. 1042.

⁵³³ Il carattere bilaterale della fattispecie sarebbe però venuto meno con la riforma del 2017 (cfr. *infra*).

Rispetto al Progetto Mirone vi erano però altre due differenze, ancor più significative, ovvero la procedibilità a querela e la configurazione quale fattispecie di danno.

Riguardo alla querela, che verrà meno definitivamente solo con la riforma del 2019, nella Relazione di accompagnamento il Governo si limita a rilevare l'introduzione della condizione di procedibilità, senza offrire spiegazioni⁵³⁴.

La dottrina coeva ha criticato questa impostazione, rilevando che, nel momento in cui il reato era di danno, sarebbe stato necessario procedere d'ufficio e d'altronde non si comprendeva come mai l'assemblea avrebbe dovuto rinunciare a perseguire l'amministratore che ha cagionato un nocumento⁵³⁵; si affermava infatti che in tal modo ci si allontanava dal modello della corruzione pubblica nel segno di una privatizzazione della tutela⁵³⁶. Anche i contributi successivi hanno ritenuto opinabile la previsione della querela, in quanto frutto di una scelta compromissoria, volta a proteggere la riservatezza della società da ogni possibile *strepitus fori*⁵³⁷, considerato anche il fatto che l'ordinamento non riconosce al singolo socio la facoltà di sporgere querela, con conseguente *deminutio* della tutela⁵³⁸.

Anche per quanto riguardava i soggetti attivi, la norma dimostrava una piena vocazione commercialistica, dal momento che si faceva menzione soltanto di soggetti titolari di cariche societarie⁵³⁹. Alcune perplessità erano state evidenziate per quanto concerne i responsabili della revisione, in quanto soggetti esterni alla compagine⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Cfr. Relazione al dlgs.n.61/2002, in *Guida dir.*, 2002, 2016, p. 33.

⁵³⁵ MILITELLO, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art.2635)*, in *I nuovi reati societari*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002, p.497.

⁵³⁶ MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano,2004, p. 232; allo stesso modo vedasi ZAMBUSI, *Infedeltà, op. cit.*, p. 1062 ss., per il quale la querela è conseguenza della patrimonializzazione della tutela. Il soggetto legittimato a spargerla è stato individuato nell'assemblea qualora il reato sia stato commesso dagli amministratori, mentre nel caso in cui l'autore sia esterno alla gestione si ritiene che possano spargerla anche gli amministratori (ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano,2017, p. 317).

⁵³⁷ SPENA, *Corruzione tra privati*, in *Dir.penale e processo*, 2013, fasc.8, p. 39-40.

⁵³⁸ LA ROSA, *Corruzione, op. cit.*, p. 390 ss.

⁵³⁹ Riguardo ai soggetti che ricoprono cariche societarie, sia se diversamente denominati, come nel caso dei sistemi di amministrazione monistico e dualistico, sia se esercitano le stesse funzioni in via di fatto, purché in modo continuativo e significativo, rileva l'estensione operata dall'art.2639 c.c. (cfr. A. ROSSI, *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e persone giuridiche*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2013, fasc.2, p. 299 ss. Si precisa a pag. 307 che per quanto riguarda i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili occorre fare riferimento alle norme del TUF).

⁵⁴⁰ FOFFANI, *Le Infedeltà, in Il nuovo diritto penale, op. cit.*, p. 370. Nello stesso senso ZAMBUSI, *Infedeltà, op. cit.*, p. 1052-1053, che sottolinea l'incoerenza di prevedere una sanzione penale per i revisori, soggetti esterni all'ente, subordinandola alla verifica di un danno e la duplicazione con la norma sui compensi illegali all'art.178 del TUF; oggi il riferimento ai revisori non è più presente nell'art.2635 e la loro corruzione è stata riformata dal dlgs. n.39/2010.

Per quanto riguarda gli interessi protetti, ferma restando la loro natura privatistica già ricordata, sono state proposte diverse sfumature, con particolare riguardo al nocumento, necessario per la consumazione del reato.

Come è stato osservato, infatti, era presente un doppio nesso di causalità, nel senso che la dazione o la promessa dovevano avere causato l'azione o l'omissione, con conseguente nocumento alla società⁵⁴¹; la presenza di questo requisito, peraltro, si inquadra nel sistema delineato dal già richiamato dlgs. n.61, le cui fattispecie introdotte erano di danno⁵⁴² (cfr. per esempio gli artt.2628, 2629,2633,2634 nella versione allora vigente).

La prima tesi, più restrittiva, riteneva che ad essere tutelato fosse solo il patrimonio della società, con conseguente esclusione di altri beni, fra i quali il buon andamento⁵⁴³; il fulcro di questo ragionamento è la relazione allegata al dlgs. n.61/2002, dove si evidenzia che trattasi di reato di danno, con la conseguenza che occorre escludere che esso sia posto a presidio della salvaguardia del dovere di fedeltà da parte degli amministratori. In tal modo, assumendo un bene giuridico concreto, si evitavano tra l'altro possibili censure sub specie di difetto di determinatezza; si rilevava peraltro che, per evitare possibili fraintendimenti, sarebbe stato meglio se il legislatore avesse utilizzato il termine “danno patrimoniale”, come nell'art.2634, anziché nocumento.

L'ultima precisazione sembra peraltro richiamare le preoccupazioni espresse in precedenza da una parte della dottrina secondo la quale la tutela penale del rapporto di fedeltà dell'amministratore nei confronti della società avrebbe comportato il rischio di derive eticizzanti. In quest'ottica, quindi, il patrimonio costituisce un solido punto di riferimento⁵⁴⁴.

La diversità concettuale fra danno e nocumento è stata però evidenziata da quella dottrina che ha ritenuto di identificarlo come qualsiasi interferenza negativa nei confronti «della vita, dell'efficienza e della credibilità di un ente o di una persona»⁵⁴⁵, per cui avrebbe un significato più ampio.

⁵⁴¹ MUSCO, *I nuovi reati*, op. cit., p. 232.

⁵⁴² PECCIOLI, *Unione Europea e criminalità transnazionale*, Torino, 2005, p. 188.

⁵⁴³ Questa posizione è ben rappresentata da E. Musco, *I nuovi reati societari*, op. cit., p. 232 ss.

⁵⁴⁴ FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, p.35, dove si sottolinea che una fattispecie che sanziona l'infedeltà degli amministratori dovrebbe essere intesa non a tutela di valori morali, ma del patrimonio.

⁵⁴⁵ MARTINI, *Art.2635*, in *La legisl.pen.*, 2003, p. 527.

Per questo motivo la visione strettamente patrimonialistica non è stata accolta da altri orientamenti.

Si è così affermato, in senso opposto, che l'interesse protetto è in realtà il buon andamento della società, possibile soltanto nella misura in cui i gestori rispettino i loro doveri d'ufficio; si precisava però, onde evitare ogni fraintendimento, che la natura del bene tutelato era solo privatistica, come dimostrato dalla procedibilità a querela⁵⁴⁶.

Per una posizione che potrebbe definirsi intermedia, il nocumento comprendeva non solo il danno emergente, ma anche il lucro cessante, e così pure interessi di natura non patrimoniale⁵⁴⁷, quali per esempio il danno all'immagine e al prestigio della società, che possono avere una consistenza economica. In tal modo, pur senza far riferimento a un generico buon andamento, si dilatava fino al limite massimo il pregiudizio, purché economicamente valutabile, che la società poteva subire. Si è rilevato, peraltro, che tale conseguenza discendeva non tanto dalla volontà del legislatore, dal momento che dalla lettura della relazione sembrava ricavarsi l'intenzione di tutelare il solo danno patrimoniale, ma dal testo normativo⁵⁴⁸: in sostanza il legislatore *dixit plus quam voluit*.

La giurisprudenza, in un caso avente ad oggetto un procedimento contro alcuni amministratori di una banca che secondo l'accusa avrebbero percepito tangenti in cambio della facilitazione all'erogazione di mutui che altrimenti non sarebbero stati concessi⁵⁴⁹, dopo aver precisato che la condotta penalmente rilevante può avere anche natura omissiva, ha valorizzato la differenza terminologica fra danno e nocumento. Quest'ultimo, nelle parole della Corte, non deve essere inteso quale danno strettamente patrimoniale, ma comprende anche pregiudizi quali il danno all'immagine o il corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo. La fattispecie viene così colorata di venature lealistiche, valorizzandosi il buon andamento della società, pur con l'avvertenza che deve comunque esservi la lesione di beni valutabili economicamente. In questo percorso logico rivestono importanza anche il richiamo agli strumenti eurounitari (l'Azione comune prima e la Decisione quadro poi), dove la tutela del patrimonio neppure è menzionata e le modifiche

⁵⁴⁶ DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2003, p. 179.

⁵⁴⁷ PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l.n.25 febbraio 2008, n.34*, in *Cass.pen.*, 2009, fasc.2, p. 771; nello stesso senso BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di CERQUA, CANZIO, Padova, 2014, p. 516, che formula l'esempio dei danni reputazionali e dei mancati guadagni, come nella mancata partecipazione ad una gara d'appalto da parte dell'amministratore di una società, allo scopo di favorire un concorrente.

⁵⁴⁸ ZANNOTTI, *Infedeltà*, *op. cit.*, p. 1058.

⁵⁴⁹ Cass. Pen., Sez. V, nn.5848 .14765,14766, pronunciate nell'udienza del 12 novembre 2012.

intervenute nel 2012 (cfr.*infra*) che menzionano la violazione degli obblighi di fedeltà, conferendo alla norma una nota fiduciaria.

Questa interpretazione estensiva sembra accoglibile nella misura in cui si ritiene rilevante anche il danno all'immagine della società, ma desta qualche perplessità ove fa riferimento alla lesione del buon andamento, al quale di per sé sembra difficile attribuire valore economico. Non pare invece congrua l'interpretazione comunitariamente orientata, dal momento che la versione originaria dell'art.2635 non era conforme allo strumento al quale avrebbe dovuto dare esecuzione.

Ad ogni modo, pur attribuendo il significato più ampio possibile al documento⁵⁵⁰, fino alla corretta gestione da parte degli organi sociali, risulta evidente che la tutela non poteva essere rivolta a beni extrasociali.

Come è stato rilevato dalla dottrina⁵⁵¹ l'impianto della norma si presentava già nel Progetto Mirone inadeguato a soddisfare le richieste eurounitarie⁵⁵², ma presentava comunque una intrinseca razionalità nel rapporto con l'infedeltà patrimoniale, venuta meno con la versione definitiva.

In merito ai rapporti con la corruzione in ambito pubblico, si è affermato che la norma, pur priva di ogni profilo pubblicistico, tendeva a richiamare il modello della corruzione propria antecedente della PA, rimettendo però alla società la scelta di attivare il procedimento⁵⁵³, oltre a richiedere il documento, requisito del tutto assente nella norma

⁵⁵⁰ Sempre in giurisprudenza vedasi per esempio Trib. Udine, n.650 del 6 giugno 2013, con nota di L. Zoli in *Dir.pen.cont.* del 9 maggio 2014, dove si specifica che il documento comprende la lesione di qualsiasi interesse societario, purché valutabile economicamente.

⁵⁵¹ FOFFANI, *Le Infedeltà*, op. cit., p. 367-368.

⁵⁵² I punti di criticità, messi in risalto dal GRECO e dalla Commissione Europea, come si vedrà nelle pagine seguenti, erano: la sede della norma nel codice civile, la limitazione della responsabilità agli apicali, con esclusione dei sottoposti, la mancata sanzione delle condotte istigatorie, la procedibilità a querela, il documento, la mancata tutela di interessi pubblicistici (primo fra tutti la concorrenza), l'assenza di sanzioni per le persone giuridiche. Per una disamina delle incongruenze si rimanda per esempio a PECCIOLI, *Unione Europea*, op. cit., p. 186-189.

⁵⁵³ MUSCO, *I nuovi reati*, op. cit., p. 231-232.

Per un raffronto fra la versione originaria dell'art. 2635 e la corruzione pubblica cfr. anche VINCIGUERRA, *Corruzione societaria e corruzione del pubblico funzionario: più divergente che affinità*, in *Reati societaria*, a cura di A.ROSSI, Milano, 2004, p. 447 ss. In merito alle differenze si sottolinea che l'art.2635 punisce solo la corruzione propria antecedente, è un reato di danno, tutela il patrimonio societario; il principale elemento comune è invece il *pactum sceleris*. Per quanto riguarda il tentativo, mancando una norma che sanzionasse le condotte istigatorie corrispondente all'art.322 del codice penale, era necessario lo svolgersi di trattative infruttuose. Nei paragrafi successivi si avrà modo di rilevare che oggi, dal momento che non si richiede più il documento, il reato è a dolo specifico ed è prevista l'istigazione, la corruzione pubblica e quella privata presentano maggiori affinità pur non sovrapponendosi.

pubblicistica⁵⁵⁴. Per queste ragioni sembrava preferibile definirla, più che una vera e propria fattispecie di corruzione, una infedeltà prezzolata in ambito societario⁵⁵⁵, che tra l'altro, oltre alla non conformità con il diritto eurounitario, non era neppure in grado di soddisfare le esigenze di tutela richieste da quelle attività economiche che, seppur privatizzate, conservano profili di interesse generale⁵⁵⁶.

Potrebbe dirsi che il legislatore ha seguito, riguardo ai beni oggetto di tutela, l'impostazione dei contributi della dottrina più risalente, tranne in merito ai rapporti con l'infedeltà patrimoniale; nel frattempo, tuttavia, i progressi del diritto eurounitario avevano mutato il parametro di valutazione dei commentatori, per cui ciò che qualche decennio prima poteva essere considerato un'innovazione, veniva invece visto con spirito critico all'inizio del nuovo millennio.

In conclusione la versione originaria dell'art.2635, più che dare attuazione agli obblighi sovranazionali, si inserisce in una riforma del diritto penale societario nel segno della privatizzazione e patrimonializzazione della tutela⁵⁵⁷.

È allora in ultima analisi condivisibile l'opinione per cui si tratta di una norma «nata male»⁵⁵⁸, per cui essa non costituisce un punto di arrivo, ma la partenza di un lungo percorso.

3. I tentativi infruttuosi di riforma.

Considerate le menzionate carenze dell'art.2635, il legislatore ha cercato di porvi rimedio attraverso un'apposita disposizione della legge comunitaria per il 2007 (n. 34/2008), con la quale si delegava il Governo ad introdurre una nuova fattispecie in materia di corruzione privata.

Inizialmente si prevedeva che la *sedes materiae* fosse il codice civile, si facevano salvi i rapporti con l'art.2634 e i soggetti attivi erano i titolari di cariche societarie.

⁵⁵⁴ ZAMBUSI, *Infedeltà, op. cit.*, p. 1045-1046.

⁵⁵⁵ ZANOTTI, *La corruzione, op. cit.*, p. 552. Viene anche sottolineato (p.551) che la norma, oltre a non rispettare la Decisione quadro, non è neppure in grado di raggiungere pienamente l'obiettivo prefissato, cioè la tutela del patrimonio della società a causa dei rapporti problematici con l'art.2634.

⁵⁵⁶ ZAMBUSI, *Infedeltà, op. cit.*, p. 1048-1049.

⁵⁵⁷ TRIPODI, *La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un "dio minore"*, in *Criminalia*, 29 ottobre, 2018, p. 7, afferma esplicitamente che l'intento del legislatore del 2002 era la repressione di «specifiche forme di mala gestio societaria».

⁵⁵⁸ BRICCHETTI, *La corruzione tra privati, in Diritto penale delle società*, a cura di CERQUA, CANZIO, 2014, p. 508.

Successivamente queste limitazioni vennero meno e nel testo approvato venne deciso di collocare la norma nel codice penale fra i delitti contro l'economia pubblica⁵⁵⁹.

Il contenuto della delega era il seguente: introdurre una fattispecie che punisce con la reclusione da uno a cinque anni la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per sé o per un terzo, anche tramite intermediari, un vantaggio indebito o ne accetta la promessa, nello svolgimento di funzioni lavorative non meramente esecutive per conto di una entità del settore privato, per compiere o omettere un atto in violazione di un dovere, qualora questo comporti o possa comportare la distorsione della concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali. Era sanzionata anche la corruzione attiva e passiva ed erano previste sanzioni pecuniarie e interdittive per l'ente.

Riguardo alla delega la dottrina ha espresso valutazioni contrastanti.

Per una tesi⁵⁶⁰ il legislatore delegante, pur mosso dall'intento di dare esecuzione alla Decisione quadro, ha scelto di sanzionare le sole condotte lesive della libera competizione, col conseguente problema di individuare i fatti effettivamente lesivi; per questo motivo la concorrenza dovrebbe essere intesa in senso microeconomico, in modo da identificare i danneggiati, ma il rischio concreto sarebbe stato quello di punire determinate condotte non per la loro carica offensiva, ma per il loro disvalore morale.

Altra opinione⁵⁶¹, nel vedere un riavvicinamento fra corruzione privata e pubblica, con particolare riferimento all'art.322 bis c.p., che sanziona le condotte unilaterali, valutava invece positivamente la scelta a tutela della concorrenza (da intendersi invece in senso macroeconomico, in sintonia con lo strumento eurounitario) e l'introduzione di sanzioni nei confronti degli enti. Allo stesso modo viene sottolineata l'importanza della norma proprio per colmare le lacune dell'art.2635, rilevando però che l'accordo corruttivo non viene di per sé punito, ma solo qualora causi una distorsione del mercato⁵⁶².

Si trattava di una norma a tutela della sola concorrenza, come se il legislatore avesse voluto avvalersi della clausola di riserva quinquennale di cui all'art. 2 della Decisione

⁵⁵⁹ LA ROSA, *Corruzione*, cit., p. 433 ss.

⁵⁶⁰ RAFFAELLI, *Disposizioni occorrenti per dare attuazione a Decisioni quadro, adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in *La legisl.pen.*, 2008, p. 427-430.

⁵⁶¹ PERRONE, *L'introduzione*, op. cit., p. 777-780.

⁵⁶² PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, fasc.3, p. 277.

quadro, che però scadeva nel 2008. Significativa era la previsione di sanzioni per gli enti, come pure apprezzabile l'estensione dei soggetti attivi.

Ad ogni modo il Governo non esercitò la delega conferita e la norma prevista non fu mai scritta.

Uguale sorte ha avuto la proposta presentata dall'on. Finocchiaro al Senato l'11 maggio 2010 (disegno di legge A.S. n.2174), che per quanto riguarda la corruzione privata prevedeva l'introduzione di una nuova fattispecie all'art.513 bis del codice penale. Essa, rubricata "corruzione nel settore privato", sanzionava con la pena della reclusione da uno a cinque anni chi, nell'esercizio di un'attività professionale o di direzione di un ente di diritto privato o di lavoro alle dipendenze dello stesso o di prestazione d'opera a suo favore, indebitamente induce, sollecita, riceve, per sé o per un terzo, anche tramite intermediari, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa, qualora dal fatto derivino o possano derivare distorsioni nella concorrenza nel mercato ovvero danni economici all'ente o a terzi, anche attraverso una non corretta aggiudicazione o esecuzione di un contratto. Per violazione di un dovere doveva intendersi qualsiasi comportamento sleale che costituisse una violazione di un obbligo legale, di normative professionali o di istruzioni professionali ricevute o applicabili nell'ambito dell'attività dell'ente. In modo speculare si prevedeva la punizione della corruzione attiva. Nel caso in cui l'imputato si adoperasse per evitare che l'attività delittuosa fosse portata ad ulteriori conseguenze, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti o per il sequestro delle utilità trasferite, la pena era diminuita fino alla metà.

La proposta, poi non approvata, fu ripresa due anni dopo dall'on. Ferranti (proposta di legge C. 4906 del 25 gennaio 2012)⁵⁶³, che si presentava con lo stesso tenore letterale, salvo che per l'aggiunta della confisca, anche per equivalente.

Si trattava di iniziative che, se tradotte in legge, avrebbero configurato per alcuni aspetti una tipizzazione della corruzione privata più effettiva anche dell'attuale art.2635.

Innanzitutto, l'articolo fuoriesce dal diritto societario, collocandosi nel codice penale tra i delitti contro l'economia pubblica, come del resto la norma oggetto della delega vista sopra. Le pene edittali sono più elevate, si fa menzione espressa della concorrenza, che però non è il solo bene tutelato, prevedendosi anche il caso in cui l'ente o un terzo riportassero danni

⁵⁶³MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 117 e 196.

economici, e inoltre sono compresi anche coloro che esercitano attività professionali. La tipizzazione dei doveri oggetto della violazione appare precisa, vengono incriminate le condotte sollecitatorie e istigatorie senza dar luogo alle ambiguità che oggi presenta il rapporto fra gli artt.2635 e 2635 bis⁵⁶⁴ e si prevede, come il legislatore ha fatto finora solo in materia di corruzione pubblica, l'attenuante per la collaborazione.

Per altro verso la tutela è invece meno avanzata di quella attuale, non sanzionandosi di per sé il patto o le condotte unilaterali, ma solo quando suscettibili di pregiudicare il funzionamento del mercato.

Anche la proposta di Finocchiaro e Ferranti, come detto, non vennero tradotta in legge, per cui l'art.2635 passò indenne attraverso i tentativi di riforma.

4. Le sollecitazioni del GRECO e le modifiche del 2012.

La configurazione originaria dell'art.2635 si presentava come visto non coerente rispetto agli impegni sovranazionali assunti dall'Italia. Per questi motivi il GRECO, nel terzo rapporto di valutazione sul nostro Paese, adottato fra il 20 e il 23 marzo del 2012, mise bene in evidenza le carenze della norma interna⁵⁶⁵.

Innanzitutto, si rilevava che gli autori del reato potevano essere solo soggetti apicali, con esclusione quindi dei sottoposti; non era previsto che l'utilità potesse essere data anche a terze persone o il reato commesso attraverso intermediari; non venivano incriminate le condotte istigatorie e la procedibilità era a querela. Per di più era richiesto indefettibilmente il nocumento alla società.

Il legislatore, nell'intento di porre rimedio, intervenne con la legge n.190 del 6 novembre 2012, apportando alla norma numerose modifiche, che in modo efficace sono state distinte fra formali e sostanziali⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Cfr. il successivo par.10.

⁵⁶⁵ MONGILLO, *La corruzione, op. cit.*, p. 195-196.

⁵⁶⁶ BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2012, p. 439 ss.

Il testo della norma post riforma del 2012 era il seguente: “1. 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 nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. 2. 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. 3. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. 4. 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

Quelle formali consistono *in primis* nella modifica del *nomen iuris*, diventato “corruzione tra privati”, poi nella specificazione che oggetto della tangente può essere anche il denaro⁵⁶⁷, nella previsione che essa può essere data o promessa anche ad un terzo (cosa comunque diversa dalla commissione del reato tramite terzi).

In merito alle modifiche sostanziali spicca in primo luogo la previsione per la quale il fatto può essere commesso anche da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza degli apicali, seppur con pene più lievi per questi ultimi (queste condotte sono state denominate “corruzione del fornitore”, sull'assunto che in tali casi il corruttore è appunto un soggetto che vende beni o servizi alla società e il corrotto non ha qualifiche di vertice)⁵⁶⁸; il contenuto dell'illecito è stato meglio precisato, o almeno questo era l'intento perseguito, col riferimento alla violazione degli obblighi di fedeltà oltre a quelli di ufficio, con le incertezze interpretative che ne sono derivate (cfr. *infra*); pur mantenendosi la procedibilità a querela è stata prevista quella officiosa laddove dal fatto derivasse la distorsione della concorrenza nell'acquisto di beni e di servizi. Infine, allo scopo di rendere più chiaro il rapporto con la fattispecie dell'infedeltà patrimoniale, sottolineando al contempo il maggior disvalore della corruzione privata, la pena minima per quest'ultima venne innalzata da quindici giorni a un anno.

L'introduzione della clausola di sussidiarietà nell'*incipit* dell'articolo serviva a fugare la possibilità, peraltro di non facile verifica, che la stessa persona possa rispondere per lo stesso fatto dei reati di corruzione pubblica e privata⁵⁶⁹; secondo altra opinione⁵⁷⁰, invece, dal momento che non sempre l'art.2635 può essere assorbito dalla fattispecie più grave, la clausola sarebbe inutile.

5. L'art. 2635 post 2012: fu vera corruzione?

Riguardo al significato delle modifiche introdotte nel 2012 i pareri non sono unanimi, ma prevalgono gli accenti critici.

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 1999, n. 58 e successive modificazioni.5. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”.

⁵⁶⁷ In realtà nel concetto di utilità poteva pacificamente comprendersi anche il denaro.

⁵⁶⁸ Riguardo ai soggetti attivi si segnala anche l'eliminazione del riferimento ai revisori contabili, la cui disciplina, compresa quella penale, si rinviene oggi nel dlgs. n.39/2010.

⁵⁶⁹ Si è anche affermato che, qualora la violazione degli obblighi integri un reato specifico, data la diversità degli interessi tutelati, vi sarebbe concorso fra le fattispecie (SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, 2013, fasc..1, p. 69).

⁵⁷⁰ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2020, p. 173.

Secondo il parere del Ministro della Giustizia che ha ispirato la legge n.190/2012⁵⁷¹, nella quale sono state inserite le modifiche all'art.2635, la scelta è stata quella di operare nel senso della continuità, dal momento che la norma è incentrata sul disvalore del patto illecito, operando però delle modifiche rivolte all'apertura verso interessi esterni al patrimonio della società, attraverso la procedibilità d'ufficio in caso di lesione della concorrenza e la previsione della responsabilità degli enti. In ogni caso, come è stato espressamente riconosciuto, lo scopo della legge era quello di rafforzare il contrasto alla corruzione pubblica, perché strettamente collegata ad altre fattispecie quali il riciclaggio, il falso in bilancio e l'evasione fiscale, per cui si comprende agevolmente che in questo disegno la *private bribery* aveva un'importanza marginale.

A tal proposito non si può però non notare, come già messo in evidenza nel primo capitolo⁵⁷², che i fatti corruttivi fra privati alimentano altri reati, dal momento che chi paga la tangente utilizza presumibilmente dei "fondi neri" creati allo scopo.

Secondo opposta opinione, la riforma sarebbe invece una vera e propria frode delle etichette⁵⁷³, dal momento che non si tratterebbe di vera e propria corruzione, ma di fattispecie che sanziona fatti criminosi di rilievo endosocietario, destinata quindi ad incorrere nelle censure degli organi sovranazionali; anche l'ampliamento dei soggetti attivi, si rilevava, non era risolutivo, in quanto ristretto ai dipendenti, con conseguente esclusione di professionisti e consulenti che prestano la loro opera a favore della compagine societaria e disallineamento con la Decisione quadro, che richiede di sanzionare tutti coloro che svolgono funzioni direttive o lavorative per conto di una entità del settore privato⁵⁷⁴. Per altri⁵⁷⁵, invece, potrebbero essere coinvolti collaboratori non subordinati e sicuramente i parasubordinati, mentre perplessità sono state espresse riguardo agli agenti ex art.1746 c.c., data l'autonomia della quale essi godono⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir.penale e processo*, 2013, p.11 ss.

⁵⁷² Cfr. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2012, fasc.4, p. 906-923.

⁵⁷³ Bricchetti, *La Corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, op. cit., p.512, e nello stesso senso MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia, un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, fasc.3, p. 575-578.

⁵⁷⁴ Questa è per esempio l'opinione di LA ROSA, *La Corruzione*, op. cit., p. 337, e di SEMINARA, *Il gioco infinito, la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, fasc.6, p. 717, per i quali i professionisti non potrebbero essere compresi, proprio perché non sottoposti alla direzione o vigilanza di alcuno. Come osserva Seminara, per estendere la norma ai professionisti, sarebbe bastato menzionare nell'art.2635 «chi svolge funzioni lavorative di qualsiasi tipo per conto dell'ente».

⁵⁷⁵ BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, 2012, p. 23.

⁵⁷⁶ A. ROSSI, *La riforma*, op. cit., p. 760.

Questi orientamenti di segno diverso lasciano aperto un problema attuale anche dopo le riforme del 2017 e del 2019.

Nell'incertezza sembra preferibile l'opinione di chi⁵⁷⁷, partendo dalla constatazione che nel mondo societario i rapporti di lavoro hanno subito negli ultimi anni rilevanti modifiche di natura sostanziale, tali per cui il confine fra la subordinazione e l'autonomia è sempre più difficile da individuare, ritiene debba valorizzarsi il dato letterale della norma, per cui i requisiti della direzione e della vigilanza non sono cumulativi, ma alternativi. Per questo motivo, lungi dall'assumere conclusioni a priori, è necessario valutare caso per caso il contenuto di ogni rapporto diverso da quelli subordinati, per cercare di comprendere se gli organi societari hanno perlomeno un potere di vigilanza nei confronti del soggetto esterno.

Come detto sopra, è stata introdotta la perseguibilità d'ufficio qualora dal fatto derivasse una distorsione della concorrenza. Questa previsione, in realtà, era frutto di un emendamento presentato dal Governo proprio negli ultimi giorni, a dimostrazione del fatto che trattavasi di un aspetto che, seppur fondamentale in ambito europeo, aveva riscontrato ben poca attenzione nel dibattito parlamentare.

Non sembra comunque pertinente l'opinione per la quale la menzione della concorrenza sarebbe legata alla possibilità conferita agli Stati membri dall'art. 2 della Decisione quadro di limitare l'incriminazione per cinque anni alle condotte che possono causare una distorsione della competizione⁵⁷⁸. Va detto, infatti, che nel 2012 questa facoltà era ormai spirata da alcuni anni, e inoltre la riforma dell'art.2635 non può dirsi primariamente orientata alla protezione di beni pubblicistici. Sembra allora corretto sostenere che l'intervento governativo *in extremis* era volto non ad avvalersi della clausola di riserva, ma a cercare di rendere conforme la norma interna.

Ad ogni modo, l'interpretazione dei presupposti della perseguibilità d'ufficio ha dato luogo ad opinioni contrastanti.

Secondo la prima tesi, che sembra preferibile in quanto più aderente al testo della legge, è necessaria la verifica del documento, per cui deve necessariamente verificarsi una

⁵⁷⁷ SCALIA, *La corruzione. A never ending history*, Torino, 2020, p. 700-701.

⁵⁷⁸ MELCHIONDA, *La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta*, in *Sist. Pen.*, 2019, fasc.12, p. 67. Si fa peraltro notare correttamente che mentre la Decisione quadro parla di punibilità, il legislatore italiano fa invece riferimento alla procedibilità.

*deminutio patrimonii*⁵⁷⁹, anche se come si è visto nelle pagine precedenti il nocumento è stato inteso in senso lato. In ogni caso, a volerla accogliere, non sarebbero perseguibili d'ufficio quei fatti che risultano economicamente indifferenti, per esempio nel caso in cui l'impresa "vittima" riesca a traslare senza conseguenze gli inevitabili maggiori costi sui clienti o addirittura ne tragga vantaggio, dal momento che in alcuni contesti le tangenti possono essere utilizzate per facilitare la conclusione degli affari, con la consapevolezza della società per la quale lavora il corrotto.

Altra opinione⁵⁸⁰ ritiene invece, con interpretazione meno aderente al testo, che per "fatto" debba ritenersi soltanto la condotta, con esclusione del danno. Questo perché, mentre alla corruzione degli apicali consegue necessariamente un pregiudizio alla società, per cui in questo caso sarebbe lesa la concorrenza da intendersi in senso "esterno", quando invece ad essere corrotto è il sottoposto, per esempio il dipendente dell'ufficio acquisti, non necessariamente la società riporta un danno. Si potrebbe però obiettare che, se questo è vero, è altrettanto vero che non sempre il comportamento infedele dei dirigenti è foriero di pregiudizio, potendo anch'esso determinare un vantaggio come spiegato sopra.

Per un ulteriore orientamento⁵⁸¹ non è del tutto corretto sostenere che la distorsione della concorrenza costituisce un *quid pluris* rispetto a una fattispecie comunque perfezionata con la verifica del nocumento. La migliore lettura della norma non sarebbe allora quella che si limita a ritenere che la procedibilità d'ufficio prescindere dal danno, essendo invece più opportuno leggere alternativamente i requisiti del nocumento e del pregiudizio alla concorrenza, come se si trattasse di eventi che possono verificarsi oppure no. A sostegno di questa argomentazione si invoca la clausola di sussidiarietà introdotta all'inizio dell'art.2635 ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), che varrebbe anche qualora la si intendesse nel senso che il reato più grave possa essere integrato anche solo da una parte del fatto. Anche sulla base della somiglianza con la clausola di procedibilità ("salvo che dal fatto") questo pensiero ritiene di potere giungere alla conclusione sopra esposta, nonostante la dichiarata consapevolezza che si tratta di un esito diverso da quello al quale sembra condurre la lettera della norma.

⁵⁷⁹ MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia*, op. cit., p. 577-578; nello stesso senso Tripodi, *La corruzione*, op. cit., p. 13 per il quale in sostanza la tutela della concorrenza risultava subordinata a quella del patrimonio della società.

⁵⁸⁰ BARTOLI, *La legge anticorruzione*, op. cit., p. 444-445.

⁵⁸¹ SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art.2635c.c.*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 2013, fasc. 2, p. 711-713.

Come si è detto, però, il testo sembra suggerire la prima delle tesi esposte (cfr.sopra), che per contro rende più difficile la perseguibilità d'ufficio; questo è un ulteriore argomento a sostegno della complessiva non aderenza della norma alla Decisione quadro.

In definitiva, le modifiche del 2012 non erano sufficienti a garantire la conformità agli obblighi eurounitari, dal momento che i caratteri fondamentali della fattispecie, in particolar modo la «doppia causalità»⁵⁸² composta dall'esecuzione dell'accordo corruttivo e dal documento sono rimasti inalterati, con la conseguenza che le istanze sovranazionali, volte ad «alleggerire» la norma, sono rimaste inascoltate. Da qui l'impossibilità di emettere un giudizio di conformità⁵⁸³.

Tra l'altro la fattispecie, pur denominata corruzione privata, non riusciva a comprendere una rilevante casistica, nella quale emergevano in particolare gli atti compiuti nell'ambito di enti diversi dalle società e la mancata criminalizzazione delle condotte sollecitatorie⁵⁸⁴.

La struttura dell'art.2635 rimaneva quindi la medesima, con conseguente esclusione di una *abolitio criminis*: da qui le critiche formulate in dottrina. Anche la giurisprudenza è orientata nello stesso senso, come si evince dalle sentenze della Suprema Corte sopra citate in merito alla nozione di documento, relative a fatti commessi nella vigenza della norma del 2002, ma emesse dopo la riforma del 2012⁵⁸⁵.

Esposte queste considerazioni, è ora possibile rispondere al quesito formulato.

L'art.2635, nonostante la denominazione, non fu vera corruzione privata, ma si trattava della “vecchia” infedeltà a seguito di dazione o promessa, dal momento che non si poteva prescindere dal danno, con alcuni profili nuovi, primo fra tutti il riferimento alla concorrenza e la conseguente seppur timida apertura verso interessi esterni. Questo profilo si aggiungeva a quelli patrimonialistico e lealistico, che sembrano però assolutamente prevalenti nella struttura: se davvero vi era un “nodo gordiano” tra loro⁵⁸⁶, può però dirsi che la protezione della concorrenza ne costituisce la parte di minore rilievo.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 698.

⁵⁸³ BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁸⁴ DI VIZIO, *La corruzione tra privati: lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra lealtà all'ente ed il funzionamento meritocratico del mercato*, in *Discrimen*, 10 dicembre 2018, p. 8. Nello stesso senso NAPOLEONI, *Il “nuovo” delitto di corruzione tra privati*, in *La legist.pen.*, 2013, fasc.3, p. 697, per il quale i profili di non conformità sono tre: l'applicazione alle sole società commerciali, la struttura ad evento complesso e la mancata tutela del mercato.

⁵⁸⁵ CLERICI, *La corruzione tra privati*, Vicalvi, 2017, Capitolo Secondo, par.2.3.

⁵⁸⁶ BARTOLI, *La legge anticorruzione*, *op. cit.*, p. 450.

Secondo un'interpretazione⁵⁸⁷, la riforma del 2012 aprirebbe però alcuni spazi verso la punibilità della vera e propria corruzione privata, che potrebbe essere sanzionata a titolo di tentativo, facendo quindi ricorso al combinato disposto dell'art.2635 con l'art.56 c.p.; quanto detto può essere accettato a patto che, non essendo avvenuta la consumazione, dalle modalità del patto non eseguito possa ricavarsi che, laddove fosse stato portato a compimento, la società avrebbe sofferto un danno.

6. La riforma del 2017 “obbligata” dalla Commissione Europea.

Il punto di vista della dottrina maggioritaria, secondo il quale l'Italia era inadempiente alla Decisione quadro, era condiviso anche dalla Commissione Europea che, nella relazione del 3 febbraio 2014, indirizzata al Parlamento Europeo, mise in luce le carenze che l'art.2635 presentava anche successivamente alla riforma del 2012.

Innanzitutto la corruzione tra privati aveva sede nel codice civile anziché in quello penale; la responsabilità delle persone giuridiche pur introdotta non aveva carattere dissuasivo e non comprendeva il caso dell'omessa sorveglianza da parte degli apicali; i dirigenti punibili erano definiti in modo restrittivo e la perseguibilità, tranne nel caso di distorsione alla concorrenza, era a querela di parte; altro punto critico era la richiesta del documento.

Le censure europee nei confronti della norma interna potevano dirsi giustificate, dal momento che neppure la riforma del 2012 era riuscita ad eliminare gli aspetti di maggiore criticità (documento e querela).

Va però detto, come sottolineato nel secondo capitolo⁵⁸⁸, che anche altre norme in materia di corruzione privata, per esempio quelle di Olanda e Belgio, erano e sono tutt'ora di stampo esclusivamente privatistico e quindi non possono dirsi conformi; ciò che caratterizzava l'art.2635 era il documento, che non si rinviene altrove, e forse è stato questo il *quid pluris* che ha attratto le maggiori attenzioni da parte degli organi preposti al controllo.

Dal momento che Il legislatore interno non aveva dato seguito a queste raccomandazioni, la Commissione il 18 settembre 2015 mise in mora l'Italia, prospettando l'apertura di una procedura di infrazione qualora la Decisione quadro non fosse stata recepita in modo corretto.

⁵⁸⁷ SPENA, *La Corruzione privata, op. cit.*, p. 698-699.

⁵⁸⁸ Cfr. par.6.1.

Fu allora che il Parlamento, con la legge n.170 del 12 agosto 2016, delegò il Governo ad adeguare la normativa italiana. La legge delega prevedeva un ampliamento delle condotte penalmente rilevanti, nel senso della criminalizzazione dell'offerta e della sollecitazione, dell'istigazione, dei fatti commessi per interposta persona, nonché un inasprimento delle sanzioni nei confronti delle persone giuridiche.

In merito al contenuto della delega sono state espresse alcune considerazioni critiche⁵⁸⁹: si è rilevato innanzitutto un possibile arretramento quanto alle sanzioni per le persone fisiche, dal momento che si prevedeva una pena minima di sei mesi (la riforma approvata mantenne però la pena base di un anno), mentre destava perplessità il solo riferimento ai soggetti apicali (già la legge del 2012 aveva provveduto a sanzionare i subordinati). Il punto più discusso era però la disposizione per la quale il Governo avrebbe dovuto tenere conto delle norme vigenti, espressione che avrebbe potuto essere interpretata in due modi: in senso più restrittivo, mantenendo il documento e la querela, che peraltro non venivano espressamente menzionati, oppure eliminarli entrambi e costruire quindi una fattispecie aderente alle istanze europee. La preferenza espressa era in quest'ultimo senso, con l'avvertenza che non sarebbe stato coerente eliminare il documento mantenendo allo stesso tempo la querela: come si vedrà adesso, invece, fu proprio questa la scelta del Governo, che quindi non conservò l'esistente ma nemmeno riuscì ad approvare una norma innovativa.

Secondo altra dottrina⁵⁹⁰, al contrario, già dalla disamina della legge delega poteva ben comprendersi che lo scopo del legislatore non era quello di stravolgere la fattispecie o di coniarne una nuova, ma ci si muoveva pur sempre in coerenza con quanto già esisteva; probabilmente è questa l'interpretazione più corretta, per cui potrebbe dirsi che l'esecutivo ha agito nei limiti del mandato ricevuto.

Sempre riguardo alla legge delega, occorre infine rilevare che essa menzionava solo la violazione degli obblighi di ufficio e non anche quelli di fedeltà, ma alla fine fu mantenuto anche il riferimento agli obblighi di fedeltà, il cui significato non è però del tutto pacifico.

Le novità del dlgs. n.38 del 15 marzo 2017, erano le seguenti⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir.pen.e processo.*, 2017, fasc. 1, p. 8-10.

⁵⁹⁰ A. ROSSI, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le Società*, 2017, fasc. 6, p. 755.

⁵⁹¹ Cfr. LA ROSA, *Corruzione privata*, *op. cit.*, p. 308-313.

Il testo post riforma del 2017 era il seguente: "1. 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,

Innanzitutto l'introduzione dell'art.2635 bis, denominato "istigazione alla corruzione tra privati", con l'intento di adeguare il diritto interno alla richiesta europea di sanzionare anche le condotte istigatorie, operazione che in realtà, come si vedrà nelle pagine successive, non può dirsi pienamente riuscita; definire i rapporti con l'art.2635 risulta infatti problematico, alla luce del fatto che alle condotte sanzionate da quest'ultimo furono aggiunte la sollecitazione e l'offerta, elementi che fanno propendere verso la configurazione della fattispecie in senso unilaterale (cfr. *infra*).

Sempre riguardo all'art.2635, il suo ambito applicativo (come del resto quello dell'art.2635 bis) è stato ampliato fino a comprendere gli enti privati⁵⁹², con possibile apertura anche nei confronti di quelli sprovvisti di personalità giuridica o di fatto; si è messo così in evidenza che il legislatore ha costruito una norma a più ampio raggio, tale da riferirsi anche a soggetti che non svolgono attività lucrative, quali per esempio gli amministratori delle onlus, di enti *non profit*, di un partito politico, di una fondazione e persino di un condominio⁵⁹³. La correttezza di questa tesi potrebbe ricavarsi dalla Tabella di concordanza allegata alla Relazione illustrativa e alla Relazione tecnica della legge delega, dalla quale si evince, fugando i dubbi emersi in sede di discussione, che soggetto attivo può essere qualsiasi ente di natura privata, a prescindere quindi dal riconoscimento⁵⁹⁴.

Secondo altra dottrina, invece, non essendo emerse indicazioni nel corso dei lavori preparatori, il riferimento della Tabella alle disposizioni in materia di riconoscimento della personalità giuridica dovrebbe portare, qualora ci si limitasse ad un'interpretazione restrittiva, a ritenere che l'art.2635 si riferisca solo agli enti riconosciuti; le incertezze

di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. 2. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società' o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.3. 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.4. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.5. 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. 6. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. 7. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte”.

⁵⁹²Proprio il riferimento agli enti ha fatto sì che la rubrica del Titolo XI diventasse “disposizioni penali in materia di società, consorzi ed altri enti di diritto privato”.

⁵⁹³ZANOTTI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 311.

⁵⁹⁴A. ROSSI, *La riforma, op. cit.*, p. 755-756.

vengono acuite dal fatto che alla nuova denominazione del Titolo XI non hanno fatto seguito ulteriori modifiche, tanto più che il riferimento agli “enti” è presente solo negli artt.2635 e 2635 bis. Lo stesso contributo in commento, però, allo scopo di uniformare il nostro ordinamento alla Decisione quadro, suggerisce un'ermeneusi che comprenda anche i soggetti privi di personalità giuridica⁵⁹⁵.

Tirando le fila di quanto detto, può allora ritenersi che, almeno per quanto riguarda il novero degli enti responsabili, nel 2017 è stata data corretta esecuzione allo strumento eurounitario, che richiede di sanzionare i soggetti che prestano attività per entità del settore privato: il significato di tale termine, sottoposto a critiche tempo addietro riguardo alla sua indeterminatezza⁵⁹⁶, deve essere riempito di contenuto dal legislatore interno.

Elemento di fondamentale importanza è stata l'eliminazione del requisito del documento, unita a quella della locuzione, “a seguito di dazione o promessa”; di conseguenza non solo viene eliminato il documento, uno degli aspetti di maggiore criticità, ma viene anche meno la “doppia causalità”, con la conseguenza che l'azione o l'emissione diventano adesso lo scopo dell'accordo corruttivo, con una tecnica normativa decisamente più snella.

Per quanto riguarda le condotte, si chiarisce che la corruzione può essere commessa anche per interposta persona, mentre la riforma del 2012 si era limitata a precisare che l'utilità non dovuta poteva essere data o promessa anche a soggetti diversi dal corrotto. Questa novità non sembra comunque di grande rilievo, dal momento che la punibilità dei terzi estranei che avessero dato un contributo causalmente rilevante poteva già essere ricavata in via interpretativa dai principi in materia di concorso di persone.

Anche sul versante dei soggetti attivi vi furono degli aggiornamenti, con l'introduzione delle persone che esercitano funzioni diverse rispetto ai dirigenti menzionati nel periodo precedente.

Nell'intento del legislatore si trattava di una previsione di chiusura, almeno riguardo agli apicali, visti i problemi sopra evidenziati sull'inclusione dei professionisti. Secondo una interpretazione ragionevole⁵⁹⁷, sarebbero compresi anche gli appartenenti alla «fascia manageriale», come ad esempio il direttore finanziario e quello delle risorse umane, subordinata quindi a quella dei vertici intesi nel senso più tradizionale, i direttori generali.

⁵⁹⁵SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 698.

⁵⁹⁶MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 20-21.

⁵⁹⁷ZANNOTTI, *Diritto penale*, op. cit., p. 311.

Si tratterebbe quindi di dirigenti di settore, nominati o di fatto, oppure, in un'accezione ancor più lata, di persone che non ricoprono cariche dirigenziali in senso stretto, come per esempio gli incaricati di qualifiche rilevanti in materia di sicurezza⁵⁹⁸; in tal modo, come è stato rilevato, si è cercato di dare migliore attuazione nel contempo agli obblighi eurounitari e alla Convenzione del Consiglio d'Europa, che prevede la criminalizzazione dei fatti commessi dalla persona che dirige un ente privato, locuzione più ampia rispetto agli apicali⁵⁹⁹.

Non viene comunque ampliato il novero dei soggetti attivi, dal momento che i *managers* non di vertice, in mancanza della modifica in commento, avrebbero risposto comunque ai sensi del comma 2 dell'art.2635, che prevede però pene più lievi; per questi motivi può condividersi la tesi per la quale non si tratta di una nuova incriminazione, ma soltanto di una precisazione, allo scopo di chiarire che tutti i soggetti direttivi sono compresi nel comma 1, in modo da evitare che i dirigenti non apicali, in quanto sottoposti ad altri, fossero considerati subordinati alla pari di chi esercita mansioni di basso rango⁶⁰⁰.

Vennero infine inasprite le sanzioni nei confronti delle persone giuridiche, con la previsione di pene pecuniarie più elevate e l'introduzione di sanzioni interdittive, fu resa obbligatoria la pena accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle imprese e delle persone giuridiche limitatamente agli apicali condannati per corruzione e istigazione alla corruzione passiva, in accordo con la Decisione quadro; la confisca di cui all'art.2641 fu poi estesa anche alle utilità offerte.

In definitiva la tutela è fortemente anticipata, dal momento che il reato si presenta quale fattispecie non di danno, ma di pericolo e ciò risulta ancor più evidente laddove si consideri l'introduzione dell'istigazione alla corruzione, destinata a fare arretrare ancora di più la soglia di punibilità. Se poi si accede alla tesi per la quale (cfr. *infra*) a seguito della novella del 2017 l'art.2635 è diventata fattispecie unilaterale, quanto detto risulta ancora più chiaro.

Prima di valutare la riforma del 2017, occorre soffermarsi su due aspetti: il significato degli obblighi di ufficio e dei doveri di fedeltà e il riferimento alla concorrenza.

⁵⁹⁸ A. ROSSI, *La riforma, riforma, op. cit.*, p. 759.

⁵⁹⁹ SCALIA, *La corruzione, op. cit.*, p. 699.

⁶⁰⁰ RUGANI, *La riforma della corruzione fra privati (dlgs. n.38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc.12, p. 4654-4655.

7. Il controverso riferimento agli obblighi di fedeltà e la tutela della concorrenza.

Riguardo alla violazione degli obblighi, deve premettersi che la versione originaria dell'art.2635 menzionava soltanto quelli d'ufficio, in relazione ai quali si erano formati due orientamenti.

Per il primo⁶⁰¹, più restrittivo, allo scopo di evitare interpretazioni indeterminate, per identificarli è necessario fare un riferimento alle norme civilistiche.

Per altra tesi, invece, sarebbe stato possibile dare rilievo alle fonti negoziali⁶⁰².

A partire dalle modifiche intervenute nel 2012 il problema si è però complicato, dal momento che è stato inserito anche il riferimento agli obblighi di fedeltà, che si aggiungono a quelli d'ufficio.

Secondo parte della dottrina⁶⁰³, si tratterebbe di un precetto generico, privo di riflessi in ambito penale, per cui tutte le violazioni sono in realtà destinate a rifluire nei doveri d'ufficio; qualora si intendesse diversamente, vi sarebbe il rischio che la mera ricezione di pagamenti non autorizzati, non collegati ad alcun atto o omissione, possa costituire reato, con conseguente sovrapposizione di corruzione propria e impropria.

Altra opinione ritiene invece che il riferimento alla fedeltà sia da ricondurre all'inclusione fra i soggetti attivi dei sottoposti, riguardo ai quali pertanto non sarebbe corretto parlare di doveri d'ufficio. Si sottolinea infatti che in questi ultimi erano già compresi gli obblighi di correttezza e lealtà, con la conseguenza che la modifica è motivata soltanto dall'ampliamento del novero dei possibili autori del reato⁶⁰⁴.

Secondo una tesi eccentrica⁶⁰⁵, maturata quando il reato era ancora perseguibile a querela (cfr.*infra*), il riferimento agli obblighi di fedeltà comprendeva non solo il caso in cui il dipendente non comunicasse al datore di lavoro il patto corruttivo, ma anche quello in cui non gli trasferisse quanto ricevuto. Va detto però che mentre potrebbe trovare fondamento

⁶⁰¹ MUSCO, *I nuovi reati*, op. cit. p.236.

⁶⁰² ALDOVRANDI, *Art.2635*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2002, p. 152.

⁶⁰³ SEMINARA, *Il gioco infinito*, op. cit., p. 722-723; nello stesso senso RUGANI, *La riforma*, op. cit., p. 4656-4657, per cui la menzione della fedeltà comporterebbe il rischio di applicazioni analogiche, essendo di per sé sufficiente il riferimento ai doveri d'ufficio.

⁶⁰⁴ BRICCHETTI, *La corruzione*, op. cit., p. 515.

⁶⁰⁵ BARTOLI, *Corruzione*, op. cit., p. 446. La tesi di Bartoli è peraltro criticata da Spena, in *La corruzione privata*, op. cit., p. 706.

la prima asserzione, non sembra potersi sostenere l'obbligo di riversare al principale il prezzo della tangente.

L'opinione preferibile è invece quella secondo la quale la menzione degli obblighi di fedeltà ha un significato più ampio di quelli di ufficio, dovendosi fare riferimento al diritto del lavoro, in modo particolare all'art.2105 c.c. che li richiama; questa accezione è però accettabile nella misura in cui la si limita all'obbligo di tutelare gli interessi datoriali, senza per questo darne un'interpretazione spiritualizzata o eticizzante⁶⁰⁶. Di conseguenza il dipendente è tenuto a rispettare non solo gli obblighi civilistici, ma anche le istruzioni ricevute, i regolamenti delle pubbliche autorità, i modelli organizzativi adottati dall'impresa; ai fini dell'art.2635 non avrebbero invece rilievo i codici etici aziendali, salvo espresso richiamo nelle direttive interne, onde evitare che la fedeltà venga smaterializzata⁶⁰⁷.

Riguardo alla distorsione della concorrenza, che fino al 2019 era condizione per la procedibilità officiosa, nelle pagine precedenti è già stato affrontato il tema del rapporto col documento e si è chiarito che per la migliore interpretazione i due eventi devono verificarsi congiuntamente e non in via alternativa.

In questa sede può aggiungersi che secondo una prima tesi⁶⁰⁸ la distorsione della concorrenza deve essere effettiva e non potenziale, ma non necessariamente in relazione causale col documento, mentre secondo altra opinione⁶⁰⁹, pur mantenendosi il requisito dell'effettività della lesione, si precisa che essa dovrebbe essere collegata al pregiudizio di interessi privatistici, cioè al documento; quest'ultima lettura risultava più coerente con l'impianto lealistico della norma.

Nonostante le differenze, prevale comunque riguardo all'art.2635 una concezione microeconomica della concorrenza, diversamente da quanto accade nei modelli pubblicistici⁶¹⁰

In questo senso si è affermato che il pregiudizio al mercato non deve essere inteso in senso globale, dal momento che un solo episodio di corruzione non può compromettere la tenuta del sistema. Si argomenta allora che il singolo fatto costituisce concorrenza sleale⁶¹¹,

⁶⁰⁶ SPENA, *Oltre Il modello mercantile?*, op. cit., p. 661-662.

⁶⁰⁷ ZANNOTTI, *Diritto penale*, op. cit. p. 315.

⁶⁰⁸ SEVERINO, *La nuova legge*, op. cit., p. 12.

⁶⁰⁹ PULITANÒ, *L. 6 novembre 2012*, in *Cass. pen.suppl.*, 2012, fasc. 11, p. 15 e nello stesso senso, in modo ancora più chiaro, SEMINARA, *Il reato di corruzione*, op. cit., p. 66.

⁶¹⁰ Cfr. Capitolo V par.2.

⁶¹¹ NAPOLEONI, *Il "nuovo" delitto di corruzione*, op. cit. p. 692.

da intendersi però non con riguardo all'impresa dove è impiegato il corrotto, ma in un'accezione che, seppur microeconomica, presenta una certa ampiezza, nel senso che si prende in considerazione l'interesse dei consumatori ad una competizione effettiva⁶¹² e, può aggiungersi, quello degli altri imprenditori del settore di riferimento.

Nel capitolo precedente⁶¹³ si è fatto riferimento alla circostanza che una norma sulla corruzione privata incentrata sulla concorrenza dovrebbe, per essere applicabile, fare riferimento a norme extrapenali. A tal proposito la dottrina più recente ha ritenuto di individuarle, per quanto concerne la competizione intesa in senso microeconomico, nell'art.2598 c.c., con particolare riferimento al n.3 del primo comma, cioè a quelle condotte contrarie alla correttezza professionale, che possono danneggiare l'attività delle imprese in un determinato ambito del mercato; quando il fatto è suscettibile di ripercuotersi sull'intero mercato o su una parte rilevante, occorre invece considerare la legge antitrust⁶¹⁴.

Può così sostenersi che il legislatore nel 2017 ha conferito rilievo penale a condotte distorsive della concorrenza diverse da quelle connotato da violenza o minaccia.

Quanto al fatto che la distorsione della concorrenza è stata letta in senso esclusivamente microeconomico può dirsi che, se ciò da un lato è distonico rispetto a un'impostazione di stampo pubblicistico, d'altro canto è coerente col solido substrato lealistico che l'art.2635 mantiene anche dopo il 2017.

8. Conclusioni sulla riforma del 2017: la tutela del patrimonio e della concorrenza restano sullo sfondo, avanza il modello lealistico.

Riguardo agli interessi tutelati dalla "nuova" norma, è stato rilevato che, mantenendosi la procedibilità a querela⁶¹⁵, tranne nel caso di distorsione della concorrenza, ed essendo

⁶¹² SPENA, *Oltre Il modello mercantile?*, op. cit., p. 670.

⁶¹³ Cfr. par.7.

⁶¹⁴ Scalia, *La corruzione*, op. cit., p. 709 ss. Si fa riferimento, in particolare, all'interpretazione degli atti di concorrenza sleale data dalle SU della Cassazione n.13178 del 28 novembre 2019 con riferimento all'art.513 bis c.p., dove si menzionano, quali referenti della tutela della concorrenza, l'art.41 Cost. e le norme eurounitarie. Secondo invece altro orientamento anteriore alla sentenza delle SU, la distorsione della concorrenza in senso penalistico dovrebbe essere intesa in senso meno restrittivo rispetto a quanto previsto dal diritto civile e amministrativo, essendo sufficiente che la "parità di condizioni" venga alterata su un mercato anche ristretto (CLERICI, *La corruzione*, op. cit., capitolo secondo, par.2.5.6). In questo modo, però, non risultano chiaramente individuate le norme extrapenali di riferimento.

⁶¹⁵ A proposito del mantenimento della querela si è rilevato che esso sarebbe incongruo, nel momento in cui l'art.2635 si configura quale reato di pericolo e costituisce una limitazione all'effettività della norma (ZANOTTI, *Diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 317).

stato espunto il nocumento dalla struttura della fattispecie, essi tendono a rifluire verso il modello lealistico⁶¹⁶.

A riprova di ciò il legislatore ha fatto espressa menzione del fatto che l'utilità percepita dal CORROTTO deve essere non dovuta, anche se questo riferimento, dal momento che viene punita solo la corruzione propria (commessa con violazione dei doveri d'ufficio e degli obblighi di fedeltà) sembra pleonastico e in effetti non compare nell'art.2635bis.

A sostegno di questa tesi si menziona anche la graduazione della risposta sanzionatoria, a seconda che il fatto sia commesso da soggetti in posizione direttiva, le cui violazioni sono più gravi e meritano quindi una pena più severa, oppure da chi si trova in un ruolo di subordinazione.

D'altro canto è stata però sostenuta⁶¹⁷ la necessità di individuare dei profili di tutela pubblicistica: qualora dal fatto possa derivare una distorsione del mercato il datore di lavoro, quale persona offesa, non potrebbe privare il fatto della sua illiceità prestando il consenso alla ricezione della tangente.

Anche per altra opinione⁶¹⁸ una lettura in chiave meramente lealistica sarebbe riduttiva, dal momento che il tal modo tendono a scolorire gli altri due aspetti: le offese al patrimonio della società, prima richiamata dal nocumento, e gli interessi esterni, da ricercarsi nella tutela della concorrenza. Di conseguenza sarebbe più corretto ritenere che la fattispecie *post* 2017 era posta a presidio di interessi più ampi di quelli riconducibili alla sola compagine societaria, segnatamente la fiducia degli investitori e la tutela della concorrenza; proprio per questo la dottrina in commento non valuta negativamente il mantenimento della querela, quale mezzo idoneo a selezionare i fatti meritevoli di approdare nelle aule di tribunale⁶¹⁹.

Riguardo alla querela, altra dottrina⁶²⁰ si è espressa invece in modo molto critico, dal momento che vi sarebbe un «eccesso di tutela», determinato dal fatto che spesso, per le ragioni più volte spiegate, il datore di lavoro del corrotto non la sporge; queste considerazioni, unitamente a quanto sostenuto dallo stesso orientamento in merito al significato della concorrenza ricavabile dall'art.2635 (da intendersi quale danno effettivo, cfr. sopra), fanno sì che le modifiche del 2017 non sono in grado di soddisfare gli obblighi

⁶¹⁶ LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 321-323; TRIPODI, *La corruzione*, op. cit., p.16 ss.

⁶¹⁷ SPENA, *Oltre Il modello mercantile?*, op. cit., p. 672-673.

⁶¹⁸ MILITELLO, *La corruzione tra privati*, op. cit., p. 598-599.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 591-592.

⁶²⁰ SEMINARA, *Il gioco infinito*, op. cit., p. 725.

sovranazionali. La mancata conformità sarebbe da ricondurre alle resistenze provenienti dalle società nel senso di evitare che vengano svolte indagini sui fatti commessi al loro interno⁶²¹.

In ultima analisi, può dirsi in parte condivisibile l'opinione per cui l'art.2635 dopo la penultima riforma si era evoluto in senso lealistico, presentando quindi degli elementi di non conformità con la Decisione quadro, primo fra tutti la querela: non si nega che alcuni passi avanti in questo senso sono stati fatti, ma nel contempo si sottolinea la necessità di un nuovo intervento del legislatore⁶²². Sono conclusioni, a ben vedere, del tutto simili a quelle avanzate dopo le modifiche del 2012, nel senso che si dà atto di alcuni progressi comunque non ancora sufficienti.

La trasformazione dell'art. 2635 in senso fiduciario non era però completa, dal momento che, come è stato osservato⁶²³, vi erano degli elementi di ibridazione fra modelli privatistici e pubblicistici. I primi sono richiamati dalla querela e dalla menzione degli obblighi di fedeltà; quelli pubblicistici dalla punibilità del corruttore, non legato a rapporti di fedeltà nei confronti del principale (presente in verità anche nel vecchio modello fiduciario francese), nella menzione della concorrenza e infine nell'anticipazione della soglia di tutela. Per una interpretazione l'art. 2635 post 2017 sarebbe paragonabile a una Chimera⁶²⁴. In realtà, però, questa definizione sembra meglio adattarsi all'art.299 StGB post riforma del 2015, dove la convivenza di paradigmi diversi è più accentuata⁶²⁵.

Da qui si comprende la necessità di un nuovo intervento del legislatore, allo scopo di sciogliere i dubbi interpretativi e chiarire meglio l'oggetto della tutela.

9. La modifica del 2019: ne risulta un modello di stampo francese seppur meno avanzato.

Il nodo più delicato, come detto, era il mantenimento della perseguibilità a querela.

Nonostante parte della dottrina (cfr. sopra) non lo valutasse in modo negativo, è chiaro che esso costituiva una limitazione all'effettiva applicazione della norma, subordinata nella maggior parte dei casi ad una espressa richiesta dell'esercizio dell'azione penale da parte del

⁶²¹ *Ibidem*, p. 729.

⁶²² DI VIZIO, *La corruzione tra privati*, op. cit., p. 36-38.

⁶²³ RUGANI, *La riforma*, op. cit., p. 4360.

⁶²⁴ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 704.

⁶²⁵ Cfr. Capitolo IV par. 4.2.

danneggiato. È pur vero, come si è visto nel capitolo precedente⁶²⁶, che anche l'art.299 StGB prevede la querela di parte, ma innanzitutto il novero dei soggetti legittimati a sporgerla è ampio, dal momento che sono compresi anche i concorrenti e i consumatori, e inoltre in caso di interesse pubblico è prevista l'azione d'ufficio.

Nel tentativo di risolvere queste criticità, il Parlamento con la legge n.3/2019 ha abrogato i commi 5 e 3 rispettivamente degli artt.2635 e 2635 bis, per cui oggi il reato è perseguibile sempre d'ufficio a prescindere dalla lesione della concorrenza, che non viene neppure più menzionata.

Secondo un contributo rilasciato *de iure condendo*⁶²⁷, le nuove modifiche sarebbero state migliorative, perché dirette alla tutela dei soggetti che nel primo capitolo⁶²⁸ sono stati chiamati "terzi esclusi", ovvero per esempio i concorrenti, i consumatori, gli azionisti di minoranza; in ogni caso viene fatto presente, con affermazione forse ovvia ma troppo spesso trascurata, che un efficace contrasto al fenomeno può avvenire soltanto con la collaborazione delle imprese coinvolte.

Riguardo agli esiti delle modifiche (eliminazione della procedibilità a querela e del riferimento alla lesione della concorrenza) le valutazioni espresse sono di segno diverso.

Per una opinione⁶²⁹, si tratta di una riforma ancora non compiuta, che non può dirsi conforme agli obblighi sovranazionali; il legislatore sarebbe intervenuto nuovamente, in modo frettoloso, al mero scopo di prevenire nuove censure europee. La fattispecie è infatti oggi incentrata sul dolo specifico, nel senso che il disvalore risiede nell'accordo finalizzato a compiere o omettere atti in violazione degli obblighi, nell'ambito del quale viene data o promessa una utilità non dovuta, senza che si faccia menzione della libera competizione. Proprio l'espunzione di quest'ultima viene considerata un profilo di estrema criticità, dal momento che viene interpretata come perdita di qualsiasi riferimento a profili pubblicistici, con la conseguenza che l'attuale art.2635 sarebbe ancor più orientato verso il modello lealistico. A ciò si aggiunge l'indeterminatezza del significato degli obblighi di ufficio o di fedeltà, suscettibili di essere interpretati estensivamente e quindi di condurre ad una «dilatazione della sfera dell'illecito». Di conseguenza, se l'obiettivo era quello di aprire la

⁶²⁶ Cfr. par.4.1.

⁶²⁷ DI VIZIO, *La corruzione*, op. cit., p. 38.

⁶²⁸ Cfr. par.3.

⁶²⁹ MELCHIONDA, *La dimensione tipica*, op. cit., p. 73 ss.

norma alla tutela di interessi sovraindividuali, esso non può dirsi raggiunto e anzi l'effetto pratico risulta opposto.

Nello stesso senso, con critiche ancora più marcate, altra dottrina rileva che la nuova riforma non è stata accompagnata da una precisa individuazione dei beni protetti: una volta eliminati il nocumento (2017) e la procedibilità a querela (2019), il legislatore ha costruito una fattispecie simile alla corruzione in ambito pubblico, dove viene punito l'atto di per sé stesso, con la differenza che mentre nella PA, visto l'alto rango dei beni protetti, si può facilmente inferire la lesività di ogni accordo, da presumersi in *re ipsa*, così non è per il settore privato, a maggior ragione nel momento in cui non è più richiesto il nocumento. In considerazione anche del fatto che a volte la corruzione potrebbe persino rivelarsi vantaggiosa per le imprese, si paventa il rischio che, a causa dell'indeterminatezza dei beni protetti, si finisca per sanzionare la violazione di precetti di natura morale, perdendo di vista l'offensività in concreto delle condotte⁶³⁰.

D'altra parte vi è anche chi considera gli interventi del legislatore in materia di corruzione pubblica e privata non solo dal punto di vista strutturale, vedendovi un riavvicinamento, ma soprattutto sotto l'aspetto di una vera e propria spinta moralizzatrice⁶³¹. In realtà, questo assunto, almeno per l'Italia, sembra valere più che altro per il settore pubblico, mentre in ambito privato, e lo si è visto da quanto detto fin qui, nel nostro Paese, almeno per quanto riguarda la sensibilità del legislatore, l'intento di perseguire l'etica nel mondo degli affari si rivela assente, e tutti gli interventi sono stati determinati da sollecitazioni provenienti dall'esterno.

Più articolata appare l'opinione di chi ritiene⁶³² che la riforma del 2019 abbia pregi e difetti.

Il pregio consiste nella procedibilità d'ufficio⁶³³, mentre il difetto è la non menzione della concorrenza.

Sono allora possibili due diverse chiavi di lettura.

⁶³⁰ FAIELLA, Istigazione e corruzione tra privati in www.dirittodidifesa.eu, 10 aprile 2020.

⁶³¹ CAPUTO, *La corruzione tra privati. Tra circolarità e autonomia*, in *Il diritto dall'economia*, 2020, fasc.2, p. 481 ss.

⁶³² SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 706-707.

⁶³³ Per AMATI, MAZZACUVA, *Diritto penale*, op. cit., p. 168, la procedibilità d'ufficio è segno del fatto che il legislatore ha inteso tutelare la concorrenza, indipendentemente dalle valutazioni dell'ente in merito alla proposizione della querela.

La prima, di stampo lealistico, vede la fattispecie in stretto collegamento con l'infedeltà patrimoniale di cui all'art.2634, per cui si potrebbe ritenere che oggetto della tutela sono gli obblighi di fedeltà; dal momento che l'art.2634 contiene un maggior numero di elementi costitutivi, tra cui il documento, la corruzione privata avrebbe natura residuale, potendo applicarsi, anche oltre l'intenzione del legislatore, nel momento in cui non fosse possibile dimostrare l'integrazione dell'infedeltà patrimoniale. Secondo una diversa chiave di lettura, asseritamente preferibile, la norma deve invece essere interpretata nell'ottica della tutela della concorrenza, conferendo rilievo alle condotte che costituiscono violazione degli obblighi da parte del soggetto e al contempo pregiudicano il corretto funzionamento del mercato⁶³⁴.

Quest'ultima osservazione non sembra però cogliere nel segno, dal momento che qualora si adattasse questa opzione l'esito sarebbe il ravvicinamento dell'art.2635 alle norme tedesca e spagnola, che però sono strutturate in modo diverso⁶³⁵. In altre parole, dalla disamina della nostra corruzione privata non si rinvengono indici tali da fare ritenere indissolubile il rapporto fra violazione dei doveri e offesa della concorrenza.

Secondo invece un'interpretazione ancora più propensa a vedere nella riforma del 2019 degli indici volti alla volontà di tutelare beni di natura pubblicistica⁶³⁶, potrebbe dirsi che oggi gli interessi meramente privati non sono più tutelati.

La norma, secondo questa opinione, risulta imperniata su una interferenza di interessi fra il dipendente corrotto e l'ente di appartenenza; la riforma sarebbe allora coerente con l'interpretazione data al documento (cfr. sopra), che la giurisprudenza ha ritenuto concetto più ampio del mero danno patrimoniale. Conseguenza di questa tesi è che, mentre nella versione originaria dell'art.2635 era tutelato il patrimonio della società, nella configurazione

⁶³⁴ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 708-709. Cfr. D'ALTILIA, *Dove il leone perde può vincere la volpe: saggio sul ventennio della corruzione tra privati*, in *Ind. Pen.* 2020, fasc. 3, p. 562 ss., per la quale l'art. 2635 risponde ad un modello lealistico-fiduciario, nel quale passano in secondo piano gli aspetti pubblicistici, dal momento che la riforma del 2019 non ha solo eliminato la procedibilità a querela, ma anche il riferimento alla distorsione della concorrenza.

⁶³⁵ Cfr. Capitolo IV par. 4-5.

⁶³⁶ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori nel rischio conflittuale*, Napoli, 2020, p. 367 ss. Nello stesso senso MADIA, *Corruzione e istigazione alla corruzione tra privati*, in *Diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 153 ss; secondo questa opinione l'art. 2635, non richiedendo più il danno, protegge interessi pubblicistici (a maggior ragione dopo l'abrogazione della procedibilità a querela), nel senso della tutela della concorrenza, senza però avere completamente perso la precedente «connotazione privatistica».

attuale si proteggono il mercato, gli azionisti, i consumatori, la leale concorrenza, partendo però dal buon andamento della gestione societaria⁶³⁷.

L'art.2635, sempre per questa tesi, appare quindi connotato da forti venature pubblicistiche, sia perché assimilabile alla corruzione quello della PA, sia in forza della sua strumentalità nei confronti dei beni ulteriori sopra menzionati.

L'opinione in commento, che tende a vedere anche in Italia un modello di corruzione unitario fra settore pubblico e privato, se non nella struttura della fattispecie⁶³⁸ e nella collocazione, che sono diverse, perlomeno in chiave finalistica, accedendo a una nozione lata di buon andamento, non appare del tutto convincente per le ragioni già esposte prima e che adesso si esplicitano ancor meglio: dalla disamina della corruzione privata post 2019 non è possibile evincere in modo univoco che l'accordo corruttivo, per assumere rilevanza penale, debba necessariamente risolversi in un pregiudizio per la concorrenza, a meno naturalmente di non volerlo considerare immanente in ogni *pactum sceleris*, cosa che era del resto stata espressamente esclusa dal legislatore fino all'ultima riforma. Prima di essa, a ben vedere, si potevano ipotizzare due casi di corruzione privata: il primo, pregiudizievole solo per gli interessi della società e il secondo anche (o solo) della libera competizione. Ritenere che le modifiche intervenute abbiano pretermesso la tutela dei beni endosocietari, o al più li abbiano posti in posizione strumentale di interessi ulteriori, sembra provare troppo.

È allora preferibile ritenere che il legislatore abbia da ultimo costruito una norma ad ampio spettro che, similmente a quella francese, tutela allo stesso tempo beni pubblici e privati, pur senza presentare un volto marcatamente pro-concorrenza come in Germania e Spagna. Tutto ciò è avvenuto senza una consapevole riflessione, ma all'esito di un lungo e faticoso percorso, finalizzato a porre rimedio ai rilievi degli organi sovranazionali. Del resto, come ha dimostrato la riforma tedesca del 2015, che ha inserito la “variante lealistica”, la corruzione privata può tutelare anche beni patrimoniali e la fiducia nelle relazioni lavoristiche. Non mancano però alcuni limiti, che saranno evidenziati nelle pagine successive.

Altro elemento di riflessione evidenziato dalla dottrina, al quale si è accennato poco prima, è il progressivo ravvicinamento fra corruzione pubblica e privata, soprattutto a seguito della riforma del 2017 che ha eliminato il nocumento dall'art.2635 e non ha richiesto

⁶³⁷ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori*, op. cit., p. 421-422.

⁶³⁸ L'Autore aderisce infatti all'idea per la quale l'art.2635 è reato unilaterale (cfr. p. 398).

più il compimento dell'atto. Ne deriva pertanto una norma a tutela anticipata, dove la condotta è “smaterializzata” proprio perché non si richiede un evento dannoso⁶³⁹.

Quali elementi comuni sono stati evidenziati⁶⁴⁰ il momento consumativo, che ha luogo con l'accordo, la violazione degli obblighi quale elemento del dolo specifico, il modello che ricalca lo schema tipico della corruzione propria antecedente e l'istigazione alla corruzione, tutti aspetti che richiamano rispettivamente gli artt. 319 e 322 c.p. in materia di corruzione pubblica.

Nonostante queste similitudini, alle quali si è aggiunta da ultimo la perseguibilità d'ufficio, vengono messe in evidenza anche le differenze: innanzitutto nel settore privato non rilevano né la corruzione susseguente né quella per l'esercizio della funzione ex art.318 c.p., anche se si propone⁶⁴¹ di dare qualche rilievo a quest'ultima perlomeno nei casi di “messa a libro paga” del dipendente da parte di una impresa concorrente, adottando un'interpretazione estensiva del termine atto. Giova però a questo proposito ricordare che, a differenza dell'art.318 c.p., incentrato sulla compravendita della funzione, l'art.2635 sembra invece richiedere l'individuazione di uno specifico atto, con la conseguenza che la “messa a libro paga” non potrebbe avere rilievo penale, ma soltanto conseguenze civilistiche.

Nel caso in cui, come nella prospettiva seguita nel presente lavoro, si ritenga l'art.2635 fattispecie unilaterale, risulta però chiaro che la distanza fra la corruzione pubblica e quella privata, anche dal punto di vista dogmatico, tende ad essere più accentuata.

Sempre in un'ottica di ravvicinamento fra i due modelli, si è sostenuto che la corruzione privata è posta a tutela del buon andamento societario, in quanto fattispecie a consumazione anticipata che non richiede l'evento di danno. Il punto di partenza di questa riflessione è il fatto che alla radice dei fenomeni corruttivi, indipendentemente da dove essi avvengano, vi è un abuso della funzione, che può essere conferita tanto da una PA quanto da una società: in entrambi i casi i dipendenti devono agire nell'interesse di una persona giuridica. In questo senso l'art.2635 è posto a presidio di posizioni di natura collettiva, che trascendono quindi i rapporti bilaterali; a fondamento della corruzione vi è il dovere di fedeltà, violato nel momento in cui viene stipulato il *pactum*, che fa sorgere una vera e propria interferenza di interessi, perché il corrotto non persegue i fini propri dell'ente per il quale lavora, ma di

⁶³⁹ MILITELLO, *La corruzione tra privati*, op. cit., p. 592-593.

⁶⁴⁰ RUGANI, *La riforma*, op. cit., p. 4651-4653.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 4652.

natura personale. L'anticipazione della tutela nell'art.2635 viene ritenuta coerente con quanto avviene nel settore pubblico⁶⁴².

Lo scopo di questa riflessione, come si è visto quando è stato trattato il bene giuridico tutelato, è conferire assoluta preminenza ai profili pubblicistici tutelati dall'art.2635; si è però già spiegato che tale conclusione non è soddisfacente, ma nonostante questo le argomentazioni in merito al fatto che nei settori pubblico e privato la tutela è anticipata mantengono piena validità.

Nonostante i punti di contatto sopra evidenziati, la *sedes materiae* rimane il codice civile, non essendosi concretizzati i progetti antecedenti alla riforma del 2012 di inserire una norma in materia di corruzione privata nel codice penale e ciò rappresenta obiettivamente un limite, configurandosi la fattispecie ancora a vocazione societaria. Si è d'altronde sottolineato che la norma in commento si presenta coerente con la disciplina commercialistica, dal momento che a fronte di una tutela penale del conflitto di interessi che come si è visto è arretrata, vi è allo stesso modo una norma civilistica, l'art.2391, che in chiave parimenti anticipatoria prescrive agli amministratori di dare notizia di ogni eventuale conflitto di interessi⁶⁴³.

L'attuale art.2635 non può quindi costituire la base per l'incriminazione di condotte corruttive nell'ambito di rapporti diversi da quelli lavorativi, già definiti da mandato puro, e allo stesso tempo sembra non coprire tutte le relazioni giuslavoristiche. È dubbio infatti se hanno rilevanza le condotte commesse per esempio dai dipendenti dei liberi professionisti, che ben difficilmente possono essere ritenuti enti del settore privato, come anche quelle dei collaboratori di cui può avvalersi un imprenditore individuale; in questo senso la tutela è meno forte rispetto alla norma francese, che menziona, oltre alle persone giuridiche, anche chi presta un'attività a favore di una persona fisica; la norma transalpina, per di più, è collocata nel codice penale in una posizione⁶⁴⁴ che ne fa risaltare i profili pubblicistici. Quanto all'incriminazione dell'imprenditore per corruzione passiva, peraltro non prevista

⁶⁴² FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori*, op. cit., p. 372 ss. Queste riflessioni sembrano in parte riprendere quanto tempo addietro sostenuto da SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, op.cit., p. 991-992, dove si sottolinea che nelle società commerciali la corruzione può essere sanzionata come violazione del dovere di fedeltà, evidenziando al contempo la differenza con la corruzione pubblica, nella quale ciò che invece rileva non è di per sé la fedeltà, ma il corretto funzionamento della PA. La prospettiva più recente è invece, come si è visto, nel senso di una progressiva, anche se non completa, assimilazione dei due fenomeni.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 356 ss.

⁶⁴⁴ Cfr. Capitolo IV par. 6.1.

nemmeno dalle altre legislazioni europee, il nostro legislatore non ha mai affrontato l'eventualità di introdurla.

Se quindi sotto il profilo degli interessi tutelati la norma sembra "comunitariamente" soddisfacente, non essendovi l'obbligo di dare assoluta preminenza alla tutela della concorrenza, resta il problema della sua collocazione nel diritto societario, con i possibili vuoti di tutela che ne discendono. È ben vero che la Decisione quadro menziona le entità, ma si tratta di una nozione atecnica, ed è compito del legislatore nazionale far sì che nella trasposizione non vi siano delle lacune, tenendo conto del diritto interno.

Di conseguenza, nonostante i progressi fatti, sarebbe necessario un ulteriore intervento migliorativo in merito ai soggetti sanzionabili, che non può non passare da un ripensamento della collocazione della norma, da trasporla nel codice penale, così da comprendere in modo certo tutte le relazioni lavorative nel settore privato.

Anche le pene previste, seppur in linea con la Decisione quadro, non sembrano dissuasive⁶⁴⁵, in quanto anche in caso di riconosciuta responsabilità, consentono l'applicazione di istituti quali la l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art.131 bis c.p.) e la sospensione del procedimento con messa alla prova; la procedibilità d'ufficio, perlomeno, impedisce l'estinzione del reato per condotte riparatorie, possibile fino al 2019 laddove non ci fosse stato pregiudizio per la concorrenza⁶⁴⁶.

Esaminata l'ultima modifica, che ha lasciato inalterata la collocazione della norma, occorre valutarne i complessi rapporti con l'istigazione alla corruzione di cui al successivo art.2635bis.

⁶⁴⁵ Sotto questo aspetto è stato proposto di innalzare il massimo edittale, anche per estendere il termine di prescrizione, di prevedere sanzioni accessorie più severe, nonché di trasformare in reato autonomo la circostanza aggravante oggi prevista nel caso in cui il reato venga commesso in relazione a società quotate o con titoli in mercati regolamentati; sempre al fine di raggiungere una maggiore effettività è stata proposta l'introduzione di istituti quali il rinvio concordato dell'azione penale sul modello dei *deferred prosecution agreements* vigenti negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, in modo da incentivare la collaborazione delle società "corruttrici" e l'introduzione di meccanismi di tutela per chi segnala fatti di corruzione, sul modello del settore pubblico (MACRÌ, *La corruzione fra privati (art.2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Criminalia*, 1 aprile 2019, p. 32-33).

⁶⁴⁶ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 716, rileva che l'applicazione dell'art. 716 c.p. era uno degli aspetti che rendevano la tutela penale molto meno incisiva rispetto a quella civile, ove invece sono previsti provvedimenti inibitori e vi è una presunzione di colpa qualora vengano accertati atti di concorrenza sleale.

10. I rapporti irrisolti con l'art. 2635bis. L'art. 2635bis quale fattispecie unilaterale.

Un significativo problema interpretativo nasce dal fatto che con la riforma del 2017 il legislatore ha introdotto, nell'intento di dare piena attuazione agli artt. 2 e 3 della Decisione quadro⁶⁴⁷, all'art.2635 bis il reato di istigazione alla corruzione tra privati, che dà luogo a problemi interpretativi in relazione al precedente art.2635.

Come si vedrà, si tratta di aspetti che si intrecciano anche con la tematica della unilateralità o bilateralità delle condotte tipizzate all'art.2635.

Già da una prima lettura dell'art.2635 bis⁶⁴⁸ si notano due incongruenze.

Innanzitutto, e questo costituisce il profilo di maggior criticità, le condotte tipizzate di sollecitazione, offerta e promessa, sembrano sovrapporsi a parte di quelle della norma precedente, che ne prevede l'autonoma rilevanza penale.

Inoltre il novero dei soggetti attivi è più ristretto rispetto a quelli menzionati dall'art.2635: si tratta infatti di amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, sindaci e più in generale coloro che ricoprono funzioni direttive, con la conseguente esclusione dei subordinati, compresi invece nell'art.2635.

La maggior parte della dottrina sembra ritenere in modo pacifico che l'art.2635 bis sia una vera e propria fattispecie autonoma, anche se per altra opinione è necessario porsi il problema se possa trattarsi invece di circostanza attenuante⁶⁴⁹, soluzione da prendere in considerazione alla luce del rapporto di specialità con l'art.2635. Conseguenza di

⁶⁴⁷ L'art. 2 precisa che devono essere criminalizzate anche la promessa, l'offerta e la sollecitazione; ai sensi dell'art.3, secondo la traduzione italiana della Decisione quadro, ciascuno Stato membro deve adottare le misure necessarie affinché l'istigazione e il favoreggiamento delle condotte corruttive descritte al precedente art.2 siano puniti quali reati.

⁶⁴⁸ Il testo odierno della norma, abrogata la procedibilità a querela, è oggi il seguente: "1. Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo. 2. La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata".

⁶⁴⁹ VENAARO, *Il nuovo reato di istigazione alla corruzione privata come fattispecie attenuata dell'art.2635*, in *La Legsl.pen.*, 2018, fasc.10, p. 8-10.

quest'ultima qualificazione, oltre al possibile bilanciamento con possibili aggravanti ex art.69 c.p., sarebbe il fatto che il requisito del rifiuto di controparte non dovrebbe essere necessariamente assistito dal dolo, bastando la colpa. Considerati gli elementi favorevoli alla qualificazione circostanziale (specialità, riferimento all'art.2635 quanto alla pena) e quelli contrari (collocazione della norma in un articolo differente), questa tesi propone di ritenere, nel dubbio, che l'art.2635 sia una circostanza.

Sembra però al contrario preferibile affermare che l'art.2635 bis è reato autonomo, come tenderebbe a confermare il fatto che la norma sia rubricata in un articolo a sé stante.

Occorre adesso meglio precisare il significato del riferimento formulato all'inizio del paragrafo agli artt.2 e 3 dello strumento eurounitario.

Mentre il primo sembra riferirsi in modo pacifico alle condotte unilaterali⁶⁵⁰ (da qui l'inserimento dell'art.2635 bis), per il successivo art.3, invece, occorre punire condotte di favoreggiamento, di natura concorsuale, tanto è vero che nelle altre lingue vengono usati per esempio i termini *aiding and abetting*, *complicité*, *complicidad*, che sembrano richiamare in modo univoco l'istituto del concorso nel reato. Essendo l'art.2635 sul versante passivo reato proprio, il legislatore europeo ha inteso dire che gli eventuali concorrenti, anche se sprovvisti della qualifica, devono nondimeno essere sanzionati.

Il legislatore italiano, secondo una tesi che si ritiene in buona parte condivisibile, è però incorso in un fraintendimento, nel senso che a causa dell'errata traduzione del termine con le espressioni "istigazione e favoreggiamento", è stato indotto da un lato a sanzionare queste condotte nell'art.2635, fondato su una concezione bilaterale del reato secondo la nostra prevalente tradizione, dall'altro a prevedere al successivo al 2635 bis la tipizzazione autonoma delle condotte istigatorie con pene più lievi (in modo simile a quanto già fatto in materia di corruzione pubblica con l'art.322 bis c.p.), purché però l'istigazione non venga accolta, con una complessiva incoerenza del sistema, che risulta così di difficile interpretazione⁶⁵¹.

Nel tentativo di trovare una chiave di lettura accettabile sono state prospettate diverse interpretazioni.

⁶⁵⁰ Non pare invece fondata l'opinione pur sostenuta (LA ROSA, *Corruzione*, *op. cit.*, p. 370) per cui la Decisione quadro sembra richiedere la criminalizzazione addirittura delle condotte prodromiche a quelle di sollecitazione o offerta, cioè il pericolo del pericolo. Essa si occupa infatti solo delle condotte unilaterali e non di quelle ad esse antecedenti, che peraltro sarebbe quasi impossibile riscontrare nella pratica.

⁶⁵¹ SEMINARA, *Il gioco infinito*, *op. cit.*, p. 720-721.

Secondo una prima chiave di lettura⁶⁵² sarebbero possibili due soluzioni.

Per la prima, l'art.2635, come per l'opinione sopra riportata, dovrebbe essere considerata una fattispecie bilaterale, in modo coerente con la corruzione pubblica, con la conseguenza di addivenire ad un'interpretazione abrogante dei riferimenti all'offerta e alla sollecitazione; questo però non sembra accettabile, dal momento che contrasta col tenore letterale del testo⁶⁵³.

L'altra prospettiva, del tutto speculare, consiste nel ritenere tacitamente abrogato l'intero art.2635 bis, col che tutte le condotte corruttive, compresa l'istigazione, sarebbero comprese nel precedente art.2635. Questa conclusione pare ancor meno accettabile, perché significherebbe porre nel nulla un intero articolo, e infatti la dottrina in commento propende per la prima possibilità esposta, anch'essa comunque problematica, nel tentativo di salvaguardare il carattere bilaterale del reato.

Secondo un'altra opinione⁶⁵⁴, maggiormente conservativa, che cerca quindi di trovare un filo logico senza però fare ricorso ad abrogazioni tacite, occorre partire dal presupposto⁶⁵⁵ che di fatto nell'art.2635 la bilateralità, pur enunciata nel corso dei lavori preparatori, non trova poi risponenza nel testo, dal momento che le condotte unilaterali vengono parimenti sanzionate rispetto al *pactum*, ricevendo tutela ancora più intensa rispetto a quanto previsto dal già richiamato art.322 bis c.p. in materia di corruzione pubblica. L'interpretazione proposta va nel senso di distinguere le condotte istigatorie menzionate negli artt.2635 e 2635 bis a seconda della loro offensività. Mentre nel secondo caso (art.2635 bis) si tratterebbe di istigazione non accolta e per di più rivolta a persone che non meditavano intenti criminosi, nel primo essa sarebbe indirizzata a un «soggetto già determinato ad agire» e per questo motivo più pericolosa, nonostante poi in concreto non sfociata nell'accordo.

Si tratta di una tesi accettabile solo nelle premesse (presenza di condotte unilaterali nel novero di quelle dell'art.2635 e riferimento al non accoglimento dell'istigazione all'art. 2635 bis), mentre gli esiti sono di difficile comprensibilità nel momento in cui fa uso dell'interpretazione teleologica allo scopo di distinguere la situazione di chi era predisposto

⁶⁵² RUGANI, *La riforma*, op. cit., p. 4647 ss.

⁶⁵³ In modo simile LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p.371, ha sostenuto che la sollecitazione e l'offerta rilevano ai sensi dell'art.2635 solo se vi è un accordo corruttivo; secondo questa tesi l'interpretazione abrogante sarebbe la sola a garantire una "intrinseca razionalità" al combinato disposto dei due articoli.

⁶⁵⁴ MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, op. cit., p. 586-588.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 581.

alla conclusione dell'accordo e chi no, circostanza peraltro molto difficile da accertare in fatto, data la difficoltà di scrutare così a fondo nel foro interno dell'agente.

Queste criticità sono state ben evidenziate da altra dottrina⁶⁵⁶, per la quale sarebbe incongruo attribuire all'offerta e alla sollecitazione due significati diversi a seconda dell'articolo in cui compaiono. Per di più, la sollecitazione è menzionata solo nella rubrica dell'art.2635 bis e ad accogliere l'interpretazione prima discussa si arriverebbe a sostenere che il rafforzamento del proposito criminoso di altri (art.2635) sarebbe meno grave della sua determinazione (art.2635 bis), in contrasto con la consolidata interpretazione.

Si propone allora, allo scopo di non creare inaccettabili disparità sanzionatorie fra le condotte istigatorie poste in essere dagli apicali, menzionate solo nell'art.2635 bis, e quelle dei sottoposti, che sarebbero irragionevolmente destinate a rifluire nel più grave art.2635, di interpretare i rapporti fra i due articoli non in termini di specialità, soluzione che pare tuttavia più ovvia come sottolineato all'inizio del paragrafo, ma di alternative, secondo un procedimento logico che viene però definito controintuitivo dallo stesso proponente, sebbene necessario viste le lacune normative.

In sostanza, la mancata accettazione di cui all'art.2635 bis non sarebbe un elemento specializzante rispetto all'art.2635, ma la «negazione di un elemento». Seguendo questo filo logico diviene allora naturale assumere la bilateralità dell'art.2635, nel quale l'offerta e la promessa sono unilaterali in rapporto a chi le formula, dal momento che egli non deve fare più nulla, se non attendere l'eventuale risposta di controparte, mentre possono essere bilaterali nel momento in cui costituiscono la risposta ad una sollecitazione ricevuta da altri.

Quanto poi alle condotte istigatorie rivolte ai sottoposti o da loro tenute, le soluzioni accettabili sono o la loro irrilevanza penale o la punibilità a titolo di tentativo secondo i principi generali⁶⁵⁷.

Secondo un'interpretazione aderente alla lettera del testo, invece, la fattispecie di cui all'art.2635 bis sarebbe integrata nel momento in cui l'offerta o la sollecitazione vengono rifiutate: proprio questo elemento, il rifiuto, diventa indispensabile per ricavare uno spazio applicativo a questa norma, che descrive un fatto connotato da una minore carica offensiva proprio perché le profferte illecite sono state respinte da chi le ha ricevute; l'articolo in commento non sarebbe allora del tutto allineato all'art.322 bis c.p. in materia di corruzione

⁶⁵⁶ SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, op. cit., p. 654-657.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 660.

pubblica, per la quale il rifiuto rileva solo se formulato dal soggetto qualificato e non dal privato. Nel caso in cui l'istigazione non venga invece espressamente rifiutata, si applicherà invece l'art.2635. Resta però il problema delle condotte dei soggetti non apicali.

Come si vede, nessuna delle soluzioni proposte può dirsi pienamente soddisfacente e questo è dovuto alla non perspicua tecnica normativa utilizzata.

La maggior parte della dottrina ritiene comunque che la tutela sia imperniata su una fattispecie a concorso necessario, l'art.2635, al quale si accompagna quella unilaterale di cui all'articolo successivo. A favore di questa opzione si fa presente che il reato si consuma nel momento in cui si conclude l'accordo, con la convergenza della volontà dei soggetti⁶⁵⁸, in modo da ricondurre il sistema a coerenza rispetto alla tradizionale corruzione dei pubblici ufficiali.

A ciò si aggiunge la considerazione per cui il rilievo conferito al diniego delle proposte all'art.2635 bis risponde all'esigenza di prevenire fenomeni di corruzione sistemica e di apprestare un trattamento sanzionatorio meno grave, trattandosi di fatti caratterizzati da una minore offensività⁶⁵⁹.

Nonostante queste considerazioni, dovrebbe ritenersi preferibile l'opzione per cui il legislatore, pur intenzionato a costruire con l'art.2635 un reato a concorso necessario, ha in realtà dato vita a una fattispecie a carattere unilaterale⁶⁶⁰.

In effetti non pare possibile ricondurre la norma pienamente "a sistema" con i reati contro la PA: l'art.2635 nasce allo scopo di dare esecuzione allo strumento eurounitario, cosa riuscita peraltro, come si è visto, solo al termine di un percorso travagliato.

A livello internazionale e sovranazionale, e da questo la Decisione quadro non si discosta, è prevalente la concezione della corruzione in senso unilaterale: ciò si è visto nei precedenti capitoli, nella disamina sia delle Convenzioni sia delle altre codificazioni europee.

⁶⁵⁸ SEMINARA, *Il gioco infinito*, op. cit., p. 719 ss.; LA ROSA, *Corruzione*, op. cit., p. 350; SPENA, *Oltre Il modello mercantile?*, op. cit., p. 660; DI VIZIO, *La corruzione fra privati*, op. cit., p. 24, che invoca ragioni di ordine sistematico in relazione con la corruzione pubblica, per cui il reato si consuma con l'accordo, e nello stesso SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 702-703. Per A. ROSSI, *La riforma*, op. cit., p. 757, vi sarebbe anzi «la classica struttura a concorso necessario di persone...che da sempre connota, nel sistema penalistico italiano, le fattispecie di corruzione, con punibilità parallela del corrotto e del corruttore».

⁶⁵⁹ RUGANI, *La riforma*, op.cit., p. 4648.

⁶⁶⁰ MILITELLO, *La corruzione tra privati*, op. cit., p. 581; Venafro, *Il nuovo reato*, op. cit., p. 8.

La norma italiana, a ben vedere, sembra strutturata sulla base dell'unilateralità, dal momento che vengono espressamente menzionate condotte quali la sollecitazione, la promessa, l'offerta, che nulla hanno di bilaterale, ma si esauriscono nel momento in cui vengono compiute da una sola persona.

Al primo comma è tipizzata la corruzione attiva, mentre al terzo quella passiva, per cui ai fini della consumazione del reato non occorre affatto l'incontro delle volontà, che pur potrebbe esservi.

Il *pactum sceleris*, formula tratatizia spesso usata nel presente lavoro, altro non è se non una delle modalità di commissione del reato.

L'art.2635 bis conserva un margine di applicabilità nella misura in cui lo si interpreti letteralmente, in riferimento al rifiuto della proposta, per cui i due articoli sono in rapporto di specialità, nel senso che l'art.2635 bis è la norma speciale.

L'intenzione del legislatore era chiaramente diversa, ma le norme scritte dallo stesso depongono in altro senso e non sembra opportuno cercare una piena corrispondenza con la corruzione pubblica, vista anche la differente *sedes materiae*. Anche chi sostiene la tesi maggioritaria della bilateralità, del resto, non può esimersi dal considerare, in contraddizione però con l'assunto di partenza, che la criminalizzazione della sollecitazione e dell'offerta possono essere un elemento tale da far supporre la volontà di superare il tradizionale schema bilaterale⁶⁶¹.

Resta il problema del più grave trattamento sanzionatorio al quale soggiacciono i non apicali ai sensi dell'art.2635 bis, che potrebbe essere in futuro corretto, se ve ne sarà l'occasione, da un intervento della Corte Costituzionale.

In merito all'istituto del tentativo, prima della riforma del 2017, quando era ancora presente il requisito del documento e non esisteva l'art.2635bis, è stato affermato in modo condivisibile che esso avrebbe potuto essere integrato dalla stipulazione di un accordo idoneo a cagionare il pregiudizio al datore di lavoro del corrotto⁶⁶².

Con la riforma del 2017 sono state sostenute sostanzialmente due opinioni.

⁶⁶¹ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 703.

⁶⁶² SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, op. cit., p. 698-699.

Per una tesi il tentativo sarebbe ammissibile nel caso di trattative volte alla conclusione dell'accordo che però non hanno portato ad alcun esito⁶⁶³, in coerenza con l'orientamento prevalente in materia di corruzione pubblica: ciò discende dalla premessa del carattere bilaterale del reato.

Per l'altra opinione, invece, viste l'unilateralità della fattispecie e le modifiche intervenute, non vi sarebbe alcuno spazio per il tentativo, prima invece ipotizzabile e oggi assorbito dall'art.2635 bis, per cui si tratterebbe al più di punire il tentativo del tentativo, ipotesi non desiderabile. In caso di istigazione non seguita dal rifiuto soccorre invece l'art.2635⁶⁶⁴.

Per la tesi qui sostenuta, infine, a prescindere dall'introduzione dell'art.2635 bis, l'anticipazione della punibilità a seguito delle condotte monosoggettive tipizzate all'art.2635 rende non prospettabile il delitto tentato.

Discusse le problematiche afferenti ai rapporti all'interno del microsistema costituito dagli artt.2635 e 2635 bis., per concludere la disamina sull'Italia occorre adesso soffermarsi sulle relazioni reciproche nell'altro microsistema che il legislatore aveva creato nel 2002, quello dei reati di infedeltà (infedeltà patrimoniale e infedeltà a seguito di dazione o promessa) e verificare se e in quale misura esso può dirsi oggi esistente.

Per iniziare bisogna innanzitutto accennare molto brevemente all'infedeltà patrimoniale.

11. L'infedeltà patrimoniale: cenni sulla fattispecie.

Una delle principali novità della riforma del diritto societario del 2002 era l'introduzione dell'infedeltà patrimoniale all'art.2634.

In Italia, a differenza di altri ordinamenti, quali per esempio quelli tedesco, austriaco e spagnolo, mancava una fattispecie che la sanzionasse.

La dottrina aveva peraltro messo in evidenza la necessità di introdurla, nella consapevolezza dell'insufficienza del ricorso ai reati di truffa e di appropriazione indebita,

⁶⁶³ RUGANI, *La riforma*, op. cit., p. 4650; DI VIZIO, *La corruzione*, op. cit., p. 25; LA ROSA, *La corruzione*, op. cit., p. 373.

⁶⁶⁴ VENAFRO, *Il nuovo reato*, op. cit., p. 12.

nonché agli artt. 2624,2630 e 2631 c.c. per sanzionare le condotte abusive degli amministratori che con atti di *mala gestio* avessero cagionato un danno alla società⁶⁶⁵.

Un tentativo ebbe luogo nel 1980, con la proposta Minervini-Spaventa, poi decaduta, che la tipizzava come esercizio del potere di amministrazione comunque spettante sul patrimonio altrui in contrasto oggettivo con l'interesse del titolare, per finalità personali dirette o indirette dell'agente. Si trattava di una proposta di ampio respiro, perché non limitata alle sole società commerciali, ma suscettibile di applicarsi a tutti i settori dell'economia⁶⁶⁶.

Ugualmente senza seguito rimase la proposta del Progetto di riforma Pagliaro del codice penale presentata nel 1991⁶⁶⁷.

Solo nel 1996 entrò in vigore art.38 del dlgs. n.415, che in modo limitato puniva la gestione infedele nell'ambito dei portafogli di investimento, qualora si cagionasse un danno a un investitore al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

In seguito, col Progetto Mirone, nell'ambito della riforma del diritto societario, la delega conferita al Governo prevedeva l'introduzione di una fattispecie che sanzionava il fatto degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagionano un danno patrimoniale alla società.

La norma poi introdotta col dlgs.n.61/2002 e rimasta inalterata fino ad oggi, è molto simile a quella del Progetto Mirone, tranne per l'aggiunta del dolo intenzionale di danno e della procedibilità a querela⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ D'AVIRRO, *Le ragioni della riforma*, in *I reati d'infedeltà nelle società commerciali*, a cura di D'AVIRRO, MAZZOTTA, Milano, 2004, p. 23 ss.; MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative*, op. cit., p. 711-712, avevano in particolare proposto l'introduzione di tre diverse fattispecie volte a sanzionare la cattiva gestione che provocare un danno per la società. La prima era di natura colposa, la seconda dolosa e prevedeva la consapevolezza del rischio della propria condotta da parte dell'amministratore, la terza apprestava una tutela più avanzata, nel senso che puniva le condotte gestorie che comportavano o potevano comportare vantaggi personali per l'amministratore.

⁶⁶⁶ FOFFANI, *Infedeltà e conflitto di interessi*, op. cit., p. 377.

⁶⁶⁷ L'art.112 n.2 del Progetto prevedeva il delitto di infedeltà patrimoniale, consistente nel fatto di chi, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagiona all'impresa un danno patrimoniale. Anche questa proposta si presentava ampia, dal momento che fuoriusciva dall'ambito societario.

⁶⁶⁸ CHIARAVIGLIO, *Il delitto di infedeltà patrimoniale*, in *Sist.pen.*,31 gennaio 2022, p. 3-4.

Il testo dell'art.2634 è il seguente: "1. gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. 3. In ogni caso non è ingiusto il profitto della società

È stato osservato⁶⁶⁹ che il legislatore, fra l'alternativa di una infedeltà ad ampio spettro secondo il modello tedesco e quella di una norma incardinata nell'impresa secondo il modello francese, scelse la seconda opzione, senza però adeguarvisi completamente; può aggiungersi anche che l'art. 2634 costituisce un passo indietro rispetto a quanto a suo tempo proposto da Minervini e Spaventa, dal momento che il campo di applicazione è limitato alle società; fatta questa scelta, è stato coerente collocare la norma non nel codice penale, ma nella legislazione complementare, in concordanza con un indirizzo espresso *de iure condendo*⁶⁷⁰, secondo il quale l'infedeltà degli amministratori avrebbe dovuto trovare sede in una legge speciale.

In realtà, la vocazione commercialistica dell'infedeltà patrimoniale non costituisce un dato naturalistico, ma una precisa scelta del legislatore.

Autorevole dottrina⁶⁷¹ aveva già diversi decenni prima indicato i requisiti per definirla: danno al patrimonio altrui, presenza del dolo almeno eventuale e violazione di un obbligo di fedeltà; tutti requisiti che come si vede possono essere riscontrati anche al di fuori del rapporto fra gli amministratori e la società.

L'infedeltà patrimoniale italiana si configura oggi quale reato proprio⁶⁷² e ruota intorno a tre elementi, che saranno qui richiamati in modo molto sintetico: il conflitto di interessi, un atto di disposizione dei beni e il danno patrimoniale.

Quanto al primo, deve ritenersi opportuno superare le impostazioni formalistiche sul conflitto, che deve invece essere valutato in concreto, per verificare se esso sia effettivo, attuale ed oggettivo⁶⁷³.

Per quanto riguarda invece gli atti dispositivi, è preferibile attenersi al dato letterale della norma, escludendo quindi le omissioni e gli atti meramente organizzativi⁶⁷⁴, anche se come è stato rilevato⁶⁷⁵, riguardo a questi ultimi non è possibile fare una valutazione aprioristica, dal momento che alcuni di essi possono incidere sul patrimonio sociale; per quanto riguarda

collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. 4. Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa”.

⁶⁶⁹ FEBBRAI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale delle società*, a cura di CERQUA, Padova, 2009, p. 528 ss.

⁶⁷⁰ FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁷¹ NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 69.

⁶⁷² I soggetti attivi sono quelli che hanno istituzionalmente il potere di disporre dei beni della società.

⁶⁷³ CHIARAVIGLIO, *Infedeltà*, *op.cit.*, p. 12-13.

⁶⁷⁴ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 151-152.

⁶⁷⁵ GUERCIA, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di MANNA, Padova, 2008, p. 327 ss.

invece l'assunzione di obbligazioni, la tesi maggioritaria è orientata nel senso che anche queste ultime possono portare un pregiudizio alla società, intendendolo come disposizione di beni, seppur potenziale.

La latitudine del concetto di atto dispositivo, con la tendenziale esclusione di quelli organizzativi, assume rilievo (cfr. *infra*) nella disamina dei rapporti fra l'art.2634 e l'infedeltà a seguito di dazione o promessa, con la quale le interferenze erano maggiori rispetto all'attuale art.2635.

Per quanto concerne il danno, la dottrina prevalente lo ha inteso in senso restrittivo, con esclusione quindi del lucro cessante. Si sono richiamati i seguenti elementi: il danno risarcibile, che pacificamente comprende il lucro cessante, è concetto più ampio del danno patrimoniale; il previgente art.2631 c.c. menzionava il pregiudizio, nel quale rientrava anche il lucro cessante; soprattutto è stato fatto un raffronto con l'art.2635, che richiede il nocumento, espressione più ampia del danno⁶⁷⁶.

L'interesse tutelato è il patrimonio della società, come risulta anche dalla procedibilità a querela; la norma si inserisce nel contesto della riforma del diritto penale societario che tende a superare le incriminazioni di stampo meramente formalistico per dare rilievo al danno; l'unico interesse esterno menzionato è quello dei terzi che hanno affidato alla società i propri beni oggetto dell'atto di amministrazione infedele⁶⁷⁷. Può senz'altro condividersi l'affermazione secondo la quale, perlomeno nei grandi gruppi societari, la differenza fra gli interessi della compagine e quelli ad essa estranei, fino a comprendere quelli afferenti all'intero sistema economico, tende ad essere sempre più sfumata⁶⁷⁸, ma occorre precisare che per quanto riguarda l'infedeltà patrimoniale ciò accade in maniera riflessa.

Il dolo è specifico con riguardo al fine di conseguire il profitto ingiusto, mentre rispetto al danno è intenzionale, col rischio di ridurre di molto l'effettività della fattispecie; per questo parte della dottrina ha proposto di leggerlo come se fosse dolo diretto⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 330 ss, e nello stesso senso CHIARAVIGLIO, *Infedeltà*, *op. cit.*, p. 27. Il patrimonio, nella fattispecie di cui all'art. 2634, viene considerato in senso economico, ovvero quale "insieme di entità dotate di un valore di scambio" (MADIA, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di RAMPIONI, Torino, 2019, p. 136-137).

⁶⁷⁷ CHIARAVIGLIO, *Infedeltà*, *op. cit.*, p. 4-6; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁷⁸ FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, *op. cit.*, p. 55-58. Lo stesso precisa comunque (p.35) che l'infedeltà degli amministratori deve essere tutelata con specifico riferimento al patrimonio, mentre non sarebbe utile fare riferimento a significati di natura etica.

⁶⁷⁹ ALDOVRANDI, *Art.2634*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2002, p. 141-142.

Descritto per sommi capi il delitto di infedeltà patrimoniale, prima di esaminare i rapporti con l'art.2635, deve notarsi che la dottrina ha da subito rilevato che col dlgs. n.61/2002 è stato introdotto un microsistema dei reati di infedeltà⁶⁸⁰, che ne costituisce anzi una delle maggiori novità.

Si potrebbe anche ritenere che la denominazione della prima fattispecie di “corruzione” in ambito societario quale infedeltà a seguito dazione o promessa non sia stata casuale; è infatti plausibile che la scelta sia stata il frutto non solo della volontà di escludere a monte i profili pubblicistici pur richiesti dal diritto eurounitario, ma anche di porsi in coerenza con il portato delle riflessioni in ambito nazionale, che tendevano ad attrarre la corruzione nel *genus* dell’infedeltà.

Se ciò veniva considerato un passaggio importante, in quanto per la prima volta veniva conferito rilievo penale alla *mala gestio* dei patrimoni altrui, si notava che gli interessi tutelati erano solo privatistici⁶⁸¹, con l’esclusione (oggi superata riguardo all'art.2635) della responsabilità degli enti, per cui le infedeltà risentivano della tendenza insita nella riforma a ridurre lo spazio del diritto penale.

12. I rapporti controversi fra l’infedeltà patrimoniale e l’infedeltà a seguito di dazione o promessa...

All'inizio del capitolo si è dato conto di come la dottrina italiana avesse suggerito di introdurre una fattispecie di corruzione degli amministratori nel diritto penale societario, strutturata quale reato di pericolo in chiave anticipatoria della tutela; nel caso in cui invece si fosse verificato il danno veniva proposto invece di criminalizzare l’infedeltà patrimoniale, secondo una disciplina «graduata sulla base del pericolo e del danno»⁶⁸².

L’impostazione era pertanto di natura privatistica; qualora invece al centro della tutela della corruzione vi fosse stata invece la libera competizione sul mercato, l’ipotizzata progressione sarebbe venuta meno e non sarebbe stato possibile ipotizzare un approfondimento dell’offesa.

⁶⁸⁰ MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, fasc.6, p. 698 ss; FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Milano, 2004, p. 390 ss.

⁶⁸¹ Sembra però eccessivo sostenere l’opinione (FONDAROLI, *Introduzione, op. cit.*, p. 391-392) per la quale le infedeltà tendono a racchiudere un significato etico, ancor prima che giuridico; meglio allora fare riferimento alla violazione dei doveri di correttezza.

⁶⁸² SEMINARA, *Gli interessi tutelati, op. cit.*, p. 988 ss.

I suggerimenti formulati dalla dottrina furono poi accolti nel Progetto Mirone, che (cfr. sopra) aveva strutturato l'art.2635 come fattispecie di pericolo, mentre l'art.2634 richiedeva il danno per la società: nonostante la mancata rispondenza agli obblighi eurounitari, considerato il fatto che la concorrenza non rientrava tra i beni protetti, il Progetto presentava una intrinseca razionalità, dal momento che l'art.2635 fungeva da avamposto. Si trattava, in sostanza, di un presidio volto a tutelare in modo anticipato il patrimonio della società.

Attenta dottrina⁶⁸³ ha rilevato che la funzione anticipatoria, anziché risiedere nel binomio pericolo-danno, avrebbe potuto alternativamente essere costruita, secondo una visione ancor più spiccatamente patrimonialistica, facendo riferimento al modello austriaco di cui all'art.153a OStGB, già illustrato nel secondo capitolo⁶⁸⁴, per cui un profilo di danno poteva rinvenirsi nel mancato adempimento dell'obbligo da parte del corrotto di trasferire al principale quanto indebitamente ricevuto. Qualora la strada seguita fosse stata questa, l'art.2635, pur richiedendo il pregiudizio patrimoniale costituito dall'omesso versamento della tangente, avrebbe comunque svolto la funzione di avamposto.

Quanto esposto era però venuto meno con l'approvazione del dlgs. n.61/2002, a seguito della quale l'art.2635 è stato riscritto quale fattispecie di danno, rendendo così problematico il rapporto con l'art.2634.

Le due fattispecie potevano così trovarsi in rapporto di interferenza, con possibili sovrapposizioni sotto i profili soggettivo e oggettivo⁶⁸⁵.

Per quanto riguarda gli autori del reato, amministratori, direttori generali e liquidatori erano previsti da entrambe le fattispecie; i sindaci e i responsabili della revisione, invece, solo dall'art. 2635, dal momento che ben difficilmente avrebbero potuto compiere gli atti dispositivi richiesti dall'art.2634.

Le condotte presentavano d'altronde minori divergenze di quanto potesse sembrare ad una prima lettura delle norme: se è vero che l'art.2635 non richiede la disposizione dei beni sociali e l'esistenza di un conflitto di interesse, è altrettanto vero che, nel momento in cui il

⁶⁸³ FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., p. 368-369.

⁶⁸⁴ Cfr. par. 7.

⁶⁸⁵ MAZZOTTA, in *I reati d'infedeltà nelle società commerciali*, a cura di D'AVIRRO, MAZZOTTA, Milano, 2004, p. 304-307.

corrotto viola gli obblighi e causa un nocumento, non fa altro che portare ad emersione un conflitto di interessi nato nel momento in cui è stato stipulato l'accordo corruttivo⁶⁸⁶.

Questa tesi parte evidentemente dal presupposto che tutte le condotte attive di cui all'art.2635 costituiscono un atto di disposizione dei beni sociali; vi sono però delle ipotesi, si pensi al caso in cui il corrotto riceve una tangente per compiere un atto meramente organizzatorio⁶⁸⁷, ove non potrebbe dirsi compiuta una vera e propria disposizione ai sensi dell'art.2634, per cui sarebbe applicabile l'art.2635 senza problemi di interferenza.

In merito invece all'elemento soggettivo, si è fatto notare⁶⁸⁸ che il dolo specifico di cui all'art.2634 in relazione al conseguimento del profitto poteva essere compatibile anche con l'art.2635, nonostante quest'ultimo non richiedesse necessariamente che il corrotto ottenesse quanto pattuito; allo stesso modo, si è asserito che, riguardo alla verifica del danno, il dolo intenzionale di cui all'art.2634, benché diverso dal dolo generico dell'art.2635, non doveva essere considerato in contrapposizione con quest'ultimo, dal momento che il percettore della tangente avrebbe ben potuto essere motivato anche dal fine di danneggiare la società.

Le interferenze delle quali si è dato conto erano in effetti rilevanti, ma occorre precisare che esse dipendevano anche, in particolare quelle relative all'elemento soggettivo, dal modo in cui si atteggiava in concreto il fatto storico, per cui non può certo dirsi che i due reati si sovrapponevano totalmente.

A ben vedere, infatti, gli artt. 2634 e 2635 erano in rapporto di specialità reciproca⁶⁸⁹.

Quali elementi specializzanti per aggiunta, nell'art.2635 vi era il novero più ampio dei soggetti attivi, mentre nell'art.2634 vi erano il dolo specifico e intenzionale.

Quanto a quelli specializzanti per specificazione, nell'art.2634 erano il dolo intenzionale, il danno e la condotta avente ad oggetto atti di disposizione dei beni sociali; nell'art.2635 era richiesto non un semplice conflitto di interessi, ma la percezione o la promessa di una tangente, che in effetti è solo una delle modalità con cui il conflitto può sorgere e inoltre il

⁶⁸⁶ Questo concetto è stato ben espresso da FOFANI, *Le infedeltà, op. cit.*, p. 369, che parla di «materializzazione di quel conflitto di interessi rispetto al quale la dazione rappresentava un mero elemento sintomatico». Diversa è invece, in merito al conflitto di interessi, la posizione espressa da CHIARAVIGLIO (cfr. *infra*).

⁶⁸⁷ MILITELLO, *I reati di infedeltà, op.cit.*, p. 706.

⁶⁸⁸ MAZZOTTA, *I reati d'infedeltà, op. cit.*, p. 306.

⁶⁸⁹ LA ROSA, *Corruzione, op. cit.*, p. 406-407.

nocumento doveva essere cagionato alla società e non a beni di terzi, come invece può accadere nell'art.2634.

Le opinioni emerse in dottrina riguardo al campo di applicazione dell'art.2635, visti i rapporti di interferenza con l'infedeltà patrimoniale, sembrano essere due.

Per la prima⁶⁹⁰, esso verrebbe in rilievo in casi estremamente limitati, cioè le condotte omissive e le ipotesi in cui l'atto dispositivo sia successivo e causalmente collegato alla tangente, oppure in caso di mancanza del dolo intenzionale. Di conseguenza si manifesta preferenza per l'infedeltà patrimoniale, mentre quella connotata da corruzione avrebbe un rilievo residuale.

Questa dottrina sembra volere applicare, seppur tacitamente, il principio di specialità di cui all'art.15 c.p., dal momento che la soluzione prescelta viene ricavata dalla considerazione che le norme sarebbero in larga parte coincidenti. Va però detto che in questo caso non esiste una norma generale e una speciale, dato il rapporto di specialità reciproca, con la conseguenza che il criterio esposto non sembra soddisfacente.

Per altra opinione⁶⁹¹, invece, l'art.2635 trova applicazione non solo nel già richiamato caso dell'omissione, ma anche nella violazione dei doveri d'ufficio in atti di natura organizzatoria, nonché nel caso dei sindaci e dei revisori, non menzionati nell'art.2634, proprio perché soggetti titolari del potere di controllo e non di disposizione dei beni sociali⁶⁹². Viene anche menzionata la differenza semantica fra nocumento e danno, suggerendo che il primo abbia un significato più ampio; in effetti questa è stata la soluzione accolta anche in giurisprudenza (cfr. sopra) e per la tesi più estensiva esso potrebbe essere integrato anche dal pregiudizio al buon andamento della gestione.

Questo orientamento sembra meglio rispondente al dettato normativo e cerca di trovare la soluzione non in modo aprioristico, ma attraverso la disamina delle differenze che in effetti intercorrono fra le fattispecie, tendendo anche conto di come si atteggia il fatto; ha inoltre il

⁶⁹⁰ FOFFANI, *Le Infedeltà*, op. cit., p. 368-369 e nello stesso senso AMATI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Milano, 2004, p. 437.

⁶⁹¹ MUSCO, *I nuovi reati*, op. cit., p. 239-241.

⁶⁹² Il fatto che il novero dei soggetti attivi risulti più ampio nell'art.2635 è stato sottolineato anche da ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento?*, op.cit., p. 551-552; in questo caso, però, più che cercare di recuperare un margine di operatività alla fattispecie, il contributo ne sottolinea lo scarso spazio di applicazione. Per altra tesi, invece (ZAMBUSI, *infedeltà*, op. cit., p. 1035 ss., questo aspetto farebbe sì che «l'art.2635 ampli il suo orizzonte rispetto al dettato dell'art.2634 (che include solo amministratori, direttori generali e liquidatori)». I diversi orientamenti mostrano in sostanza che lo stesso elemento della fattispecie è stato interpretato sia per valorizzarla sia per dimostrarne al contrario la residualità.

pregio di riconoscere all'art.2635 un margine di operatività negato da chi invece sostiene l'opinione restrittiva.

La giurisprudenza, in un caso verificatosi nella vigenza della versione originaria della norma⁶⁹³, ha inteso valorizzare la non sovrapponibilità delle due norme, richiamando gli aspetti già esposti in precedenza (per quanto riguarda l'art.2635 assenza del conflitto di interessi, novero più ampio dei soggetti attivi, nocumento anziché danno, dolo generico e non intenzionale); nel caso specifico l'imputato, dipendente di una società finanziaria, aveva fatto sottoscrivere alla stessa dei contratti svantaggiosi in cambio di somme di denaro, per cui il fatto integrava la corruzione e non l'infedeltà patrimoniale, tanto più che lo scopo perseguito non era danneggiare il datore di lavoro, ma ottenere un profitto illecito, nonostante la consapevolezza che i contratti, in quanto derivati aleatori, avrebbero potuto comportare perdite rilevanti, come in effetti si era verificato.

In questo caso è stato quindi affermato, in modo condivisibile, che vi era specialità reciproca e la condotta è stata correttamente sussunta all'art.2635.

In astratto potrebbe anche richiamarsi il concorso formale dei due reati, che però comporta un trattamento sanzionatorio troppo severo⁶⁹⁴ ed è ipotizzabile al più solo nel caso in cui vi fosse un danno causato col dolo intenzionale previsto dall'art.2634.

Resta il fatto che dei margini di interferenza in determinati casi vi sono e di conseguenza, vista l'impossibilità di applicare l'art.15 c.p. per la ragione sopra spiegata (specialità reciproca fra le norme), per effettuare la scelta non resta che affidarsi a criteri valoriali, applicando la fattispecie connotata da maggior disvalore identificata, una volta venuto meno il disegno del Progetto Mirone di costruire gli artt.2634 e 2635 nel senso di una progressione criminosa, nell'infedeltà' connotata da corruzione.

È stato scritto in modo pregnante che il disvalore decisivo per fare propendere a favore dell'art.2635 è «il fattore del mercimonio»⁶⁹⁵. Pertanto, nel momento in cui a seguito di un accordo corruttivo un soggetto qualificato di cui all'art.2635, in una situazione di conflitto di interesse, cagiona un danno alla società, dovrebbe applicarsi proprio questa norma, dal momento che il *pactum sceleris* denota un comportamento ancora più scorretto; oltretutto,

⁶⁹³ Trib. Udine, 6 giugno 2013, con nota di ZOLI in *Dir.pen.cont.*, *op.cit.*

⁶⁹⁴ LA ROSA, *Corruzione*, *op. cit.*, p. 405.

⁶⁹⁵ MAZZOTTA, *I reati d'infedeltà*, *op. cit.*, p. 307 e nello stesso senso Militello, *I reati di infedeltà*, *op. cit.*, p. 706.

essendo la corruzione un fenomeno sistemico, il singolo episodio spesso non resta isolato, ma ne richiama molti altri.

Un approccio diverso nella forma ma coincidente nella sostanza⁶⁹⁶ valorizza il conflitto di interesse presente in entrambe le fattispecie, rilevando però che esso riguardo all'art.2634 potrebbe essere inteso come qualunque fatto che gli amministratori devono comunicare alla società ex art.2391 c.c., mentre per quanto concerne l'art.2635, trattandosi di interesse di per sé illecito, non vi sarebbe obbligo di comunicazione. Per di più, mentre nell'art. 2634 il conflitto è preesistente, nell'art.2635 si materializza solo nel momento in cui viene compiuto l'atto dispositivo. In tal modo si giunge alla medesima conclusione (prevalenza dell'art.2635 nei casi di interferenza), sottolineando ancor più nettamente le differenze fra le due norme.

La tesi che assegnava preferenza all'art.2635 qualora vi fosse concorso apparente di norme, benché condivisibile, trovava però un limite nel trattamento sanzionatorio delle fattispecie: mentre infatti la pena edittale massima (tre anni) era la stessa per entrambe, la pena minima dell'art.2635 era più lieve rispetto a quella dell'art.2634 (sei mesi), con la conseguenza di una cornice edittale meno severa per le condotte corruttive, ritenute però più gravi.

Parte della dottrina⁶⁹⁷ ha allora spiegato questa apparente contraddizione col fatto che l'infedeltà patrimoniale richiede il dolo intenzionale e quindi l'elemento psicologico è più intenso; la ragione più probabile di questa incongruenza è però una svista del legislatore.

Secondo una tesi dottrinale, che qui non si condivide, sarebbe invece più ragionevole applicare l'art.2634, proprio in ragione del più elevato trattamento sanzionatorio, benché venga comunque criticata la perdita della logica presente nel Progetto Mirone⁶⁹⁸: si tratterebbe infatti di fare uso della norma che meno rispecchia il disvalore del patto corruttivo.

A conclusione di quanto finora esposto si possono tracciare i seguenti punti fermi in merito ai rapporti tra infedeltà patrimoniale e infedeltà a seguito di dazione o promessa: autonomia e non residualità di quest'ultima fattispecie, specialità reciproca, applicazione dell'art.2635 nei casi di concorso apparente di norme grazie alla valorizzazione del "momento corruttivo", concorso formale fra i reati soltanto in casi molto limitati (prova del

⁶⁹⁶ CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale delle società*, a cura di CERQUA, CANZIO, Padova, 2014, p. 502-504.

⁶⁹⁷ MUSCO, *I nuovi reati*, *op. cit.*, p. 241.

⁶⁹⁸ LA ROSA, *Corruzione*, *op. cit.*, p. 408-409.

dolo intenzionale di danneggiare la società). Oltretutto il significato più ampio riconosciuto al nocumento rispetto al danno consente di ricomprendere un novero molto ampio di pregiudizi, purché economicamente valutabili.

Occorre adesso vedere se queste conclusioni mantengono la loro validità a seguito delle modifiche subite dall'art.2635 dopo la sua introduzione.

13. ...E quelli fra l'infedeltà patrimoniale e la corruzione tra privati.

L'irrazionalità sopra esposta in merito alle sanzioni è però venuta meno gradualmente: innanzitutto, con la legge n.262/2005 sono state raddoppiate le pene per i fatti commessi in relazione a società con titoli quotati in mercati regolamentati o diffusi tra il pubblico ai sensi del TUF, mentre nel 2012 la pena minima è stata elevata ad un anno, rendendo così evidente che per il legislatore la corruzione tra privati (era questo il *nomen iuris* nel frattempo assunto dalla norma) era più grave rispetto all'infedeltà patrimoniale. Anche l'ampliamento del novero dei soggetti attivi, con riferimento ai sottoposti, assume rilievo nel segnare una maggiore distanza fra le due norme.

La dottrina ha pertanto salutato con favore queste modifiche⁶⁹⁹, sottolineando che così si sono chiariti i rapporti fra gli artt.2634 e 2635, per cui non può affermarsi che vi sarebbe una progressione. Non sono dunque oggi più sostenibili le opinioni sopra riportate, e comunque criticate anche nella vigenza della versione originaria dell'art.2635, che attribuivano a quest'ultimo una funzione residuale.

È stato di conseguenza affermato⁷⁰⁰ in modo pragmatico che, giusta la clausola di sussidiarietà posta nell'*incipit* dell'art.2635 (salvo che il fatto costituisca più grave reato), le interferenze devono essere risolte con l'applicazione della corruzione tra privati, in quanto le pene previste sono più elevate.

Con la riforma del 2017, in particolare a seguito dell'espunzione del requisito del nocumento e della previsione del dolo specifico riguardo ai fini perseguiti con la tangente, l'art.2635 si è allontanato ancor di più dal modello dell'infedeltà prezzolata, per avvicinarsi, seppur con i limiti evidenziati nelle pagine precedenti, a un modello di corruzione privata.

⁶⁹⁹ NAPOLEONI, *Il nuovo delitto*, op. cit., p. 686 e nello stesso senso Spena, *La corruzione privata*, op. cit., p. 704-705.

⁷⁰⁰ ROSSI, *La riforma del sistema punitivo*, op. cit., p. 764.

È pertanto ancora più evidente che tra due fattispecie vi è un rapporto di specialità reciproca: nell'art.2635 i possibili autori del reato sono molto più ampi, il conflitto di interessi è causato solo dalla tangente, l'atto non necessariamente deve essere compiuto, non si richiede più il danno; nell'art.2634, invece, quest'ultimo deve sempre esserci, così come l'atto dispositivo dei beni sociali o di terzi, mentre manca il *pactum*.

Diverso è anche l'elemento soggettivo: dolo specifico rispetto al profitto e intenzionale rispetto al danno nell'art.2634 e dolo specifico come sopra spiegato nell'art.2635.

Per tali motivi, non sembra corretto, nemmeno alla luce della nuova connotazione fiduciaria e di pericolo della norma, considerare l'art.2635 come avamposto dell'infedeltà patrimoniale: la tesi che lo sostiene⁷⁰¹ fa leva sul carattere lealistico della riforma, per cui la corruzione privata avrebbe funzione anticipatoria rispetto al patrimonio tutelato dall'art.2634.

A queste conclusioni, però, osta non solo il più rigido trattamento sanzionatorio della prima, per cui sarebbe illogico vedere un rapporto di progressione dal pericolo al danno, ma anche la considerazione che un fatto di corruzione privata non necessariamente deve risolversi nell'infedeltà patrimoniale, nemmeno laddove vi fosse un danno, perché può avere ad oggetto atti diversi da quelli dispositivi di beni sociali⁷⁰².

La distanza fra i due articoli, come è stato osservato, è aumentata con l'espressa menzione del pregiudizio alla concorrenza, che rendeva il reato perseguibile d'ufficio pur nell'impianto generale che restava privatistico⁷⁰³.

Quanto esposto nel senso dell'esistenza di un rapporto di specialità bilaterale non viene meno neanche a seguito della riforma del 2019, che pure ha abrogato il riferimento alla concorrenza. Oggi, infatti, il reato è sempre perseguibile d'ufficio, a differenza dell'infedeltà patrimoniale che invece richiede sempre la querela.

In tal modo, mentre l'art.2634 ha una vocazione totalmente privatistica, l'art.2635, come già detto, è invece aperto alla tutela di un novero potenzialmente ampio di interessi pubblicistici, che vanno dalla tutela della libera competizione a quella dei consumatori.

⁷⁰¹ LA ROSA, *La corruzione*, op. cit., p. 410.

⁷⁰² SPENA, *Oltre Il modello mercantile?*, op. cit., p. 663 ss.

⁷⁰³ FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori*, op. cit., p. 432.

Può allora sostenersi che dal 2019 è venuto definitivamente meno il microsistema presente nel diritto penale societario costituito dal binomio infedeltà patrimoniale e corruzione⁷⁰⁴, con la prima che è rimasta inalterata e la seconda che ha subito profonde modifiche nel tempo.

Secondo un'opinione⁷⁰⁵, anzi, l'art.2635, dal momento che si configura come fattispecie molto più ampia dell'infedeltà patrimoniale, potrebbe intercettare condotte non punibili ai sensi dell'art.2634, andando oltre l'intenzione del legislatore; ciò però sembra difficile, dal momento che viene necessariamente richiesto il mercimonio della funzione e che l'utile per l'*intraneus* derivi non dell'atto dispositivo ma dalla tangente.

Alla luce di quanto detto, la tesi della progressione criminosa emersa dopo la riforma del 2017 e già sottoposta a critica, pare ancor meno sostenibile dopo il 2019.

A differenza delle conclusioni tratte nella vigenza dell'infedeltà a seguito di dazione o promessa, per la quale si era escluso, tranne casi particolari, il concorso formale con l'art.2634, oggi sembra invece preferibile pervenire a conclusioni opposte⁷⁰⁶.

Escludendo per le ragioni già dette l'applicazione dell'art.15 c.p. e vista l'ormai diversa oggettività delle norme, i margini di interferenza prima ben presenti tendono a ridursi in modo significativo. In sintesi può ribadirsi che mentre l'art.2634 tutela il patrimonio, l'art.2635 è incentrato sulla corruzione e guarda anche ad interessi estranei all'impresa.

Per tali motivi, laddove il corrotto nell'esecuzione dell'accordo si renda anche colpevole di infedeltà patrimoniale, purché naturalmente vi sia il dolo intenzionale di danno, potrebbe rispondere per entrambi i reati, senza incorrere nel divieto di *bis in idem*⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ SCALIA, *La corruzione*, op. cit., p. 693.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 707.

⁷⁰⁶ Parte della dottrina, pur sembrando accogliere la tesi del concorso di reati, non esclude però la tesi dell'assorbimento, nel senso che potrebbe ritenersi al contrario che la fattispecie di cui all'art. 2635, punita più severamente, esaurisca il disvalore dell'art. 2634 (MADIA, *Corruzione*, op. cit., p. 161).

⁷⁰⁷ SPENA, *Oltre Il modello mercantile?*, op. cit., p. 667 e nello stesso senso DI VIZIO, *La corruzione*, op. cit., p. 34-35.

CAPITOLO VI

CORRUZIONE PRIVATA E IMPRESA

SOMMARIO: 1. Il contrasto alla corruzione privata: il diritto penale è necessario? - 2. Gli strumenti dell'autoregolamentazioni: i codici etici e i *compliance programs*. - 3. La regolamentazione del *whistleblowing*: uno strumento di supporto per l'emersione della corruzione (anche privata). La direttiva europea. - 4. La certificazione ISO 37001: un ulteriore supporto in chiave anticorruzione. - 5. Lo scenario attuale: un'autoregolamentazione sempre più cogente. - 6. Corruzione e impresa in Francia. La *Loi Sapin II*. - 7. Corruzione privata e impresa in Italia: il progressivo adeguamento del sistema agli obblighi eurounitari. - 8. Corruzione e impresa in Gran Bretagna. La Sezione 7 del *Bribery Act*...- 8.1. ...E i *deferred prosecution agreements*. Il *whistleblowing*. - 9. Riflessioni conclusive: è opportuno un approccio multilivello.

1. Il contrasto alla corruzione privata: il diritto penale è necessario?

Nei capitoli precedenti il contrasto alla corruzione privata è stato considerato esclusivamente sotto il profilo penalistico, attraverso la disamina dei diversi modelli di tutela.

Nel secondo capitolo, tuttavia, dove è stato discusso il paradigma privatistico, si è dato conto di alcune critiche, allora definite "per eccesso"⁷⁰⁸, per le quali l'utilizzo dello strumento penale è del tutto sproporzionato, se non addirittura incostituzionale.

Secondo questo orientamento, pur non negandosi il pregiudizio che le tangenti nel settore commerciale possono cagionare allo Stato, ai concorrenti e ai consumatori, la legge penale o non dovrebbe affatto intervenire o dovrebbe farlo in via meramente sussidiaria: quando cioè si verificano offese talmente gravi da non potere essere affrontate da altri settori del diritto, caratterizzate dalla verifica di un pregiudizio di non poco momento nei confronti di soggetti chiaramente individuabili⁷⁰⁹. Va da sé, però, che queste evenienze non

⁷⁰⁸ Cfr. par.2.

⁷⁰⁹ DE LA CUESTA, BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI, FOFFANI, Milano, 2003, p. 72 ss.

sono di facile verifica, perché occorrerebbe accertare in modo preciso quale soggetto, oltre naturalmente al datore di lavoro del corrotto, ha riportato un danno.

In senso più generale è stato già da tempo sostenuto, per quanto concerne i delitti afferenti alla criminalità economica, ai quali la corruzione privata senz'altro appartiene, l'opportunità di ricercare strumenti di tutela alternativi a quello penale, che siano allo stesso tempo meno afflittivi della libertà personale e più efficaci al raggiungimento dello scopo. Si è infatti constatato⁷¹⁰ che spesso le pene comminate sono lievi e non vengono in concreto espiate anche grazie a meccanismi sostitutivi o alternativi, mentre istituti quali la sanzione pecuniaria, la confisca, la chiusura degli esercizi commerciali o la revoca di licenze potrebbero risultare misure particolarmente afflittive nei confronti della persona fisica e dell'impresa.

In tal modo, secondo questo approccio, si potrebbe evitare di sanzionare violazioni di carattere meramente formale e al contempo il diritto penale assumerebbe la funzione di *extrema ratio* che gli è propria.

È stato però rilevato, in senso opposto, che gli strumenti civilistici presentano evidenti limiti. Innanzitutto, le imprese tendono spesso a risolvere i fatti di corruzione che avvengono al loro interno in modo riservato, attraverso accordi stragiudiziali, in modo da evitare i danni di immagine che potrebbero derivare dallo *strepitus fori*.

Anche laddove intendano invece rivolgersi alla giustizia civile (in questo caso si tratta quasi sempre di imprese concorrenti danneggiate dalla tangente) per ottenere un provvedimento favorevole risulta necessaria la prova del danno, non sempre agevole da offrire, specialmente nel caso in cui i concorrenti che potrebbero avere subito il pregiudizio sono più di due, come accade molto spesso in un mercato aperto⁷¹¹. A quanto detto può aggiungersi il fatto che il rimedio forse più temuto, ovvero la sanzione giuslavoristica del licenziamento, è attivabile dal datore di lavoro del corrotto nei confronti del proprio dipendente infedele, ma certamente non nei confronti del corruttore.

Per quanto concerne in particolare l'ordinamento italiano è stato poi sottolineato che l'art.2635 c.c. è coerente con la normativa commercialistica, in quanto già l'art.2391 c.c. sanziona tra l'altro, seppur con rimedi civilistici, le delibere adottate dall'assemblea senza

⁷¹⁰ MOCCIA, *Riflessioni sui nodi problematici della normativa italiana in materia di criminalità economica*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1997, fasc.1, p. 9 ss.

⁷¹¹ LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino,2018, p. 470-471.

che gli amministratori abbiano adeguatamente informato della presenza di un conflitto di interessi; in tal caso la delibera è annullabile e gli amministratori possono essere chiamati a rispondere degli eventuali danni.

In entrambe le norme, dunque, quella civilistica e quella penalistica, si rinviene la sanzione, seppur con strumenti diversi, di una interferenza di interessi esterni nei confronti dell'agire dei soggetti interni alla società⁷¹², con la differenza che nella corruzione si verifica un approfondimento della lesione, dal momento che il conflitto da potenziale diventa reale a causa della promessa o dazione della tangente.

Per di più, seppur limitatamente alle società quotate o con titoli diffusi tra il pubblico in misura rilevante, l'omessa comunicazione di cui all'art.2391 è presidiata da una sanzione penale, per cui a maggior ragione si giustifica l'intervento del medesimo strumento laddove vi sia una nota corruttiva.

A favore della necessità dello strumento penale, oltre a quanto detto nel quarto capitolo⁷¹³ in merito al fatto che la Decisione quadro eurounitaria tutela primariamente la concorrenza, da intendersi in senso macroeconomico, con l'ovvia conseguenza che gli strumenti civilistici da soli non possono dirsi sufficienti, occorre constatare che oggi si verifica un ravvicinamento fra corruzione pubblica e privata. I soggetti che ricoprono cariche all'interno di un ente privato agiscono infatti nell'interesse della persona giuridica, che è il punto di incontro di una serie di interessi di natura sovraindividuale⁷¹⁴, dal momento che, come si vedrà, al buon andamento societario sono interessati una pluralità di soggetti esterni, denominati *stakeholders*.

Similmente a quanto detto in merito agli strumenti civilistici, è possibile sostenere che le sole sanzioni amministrative non sono idonee di per sé a contrastare la corruzione privata.

A sostegno di questo assunto sono stati portati alcuni argomenti, che nel complesso risultano convincenti: il rischio di svilire il disvalore delle condotte corruttive, gli accertamenti complessi richiesti in questi casi, per i quali spesso l'autorità amministrativa non dispone dei necessari poteri istruttori, il fatto che nel processo penale vi sono maggiori garanzie per l'imputato⁷¹⁵. Può inoltre aggiungersi che, trattandosi di lesione della concorrenza, a irrogare le sanzioni amministrative dovrebbe essere l'Autorità Antitrust, che

⁷¹² FOGLIA MANZILLO, *Modelli sanzionatori nel rischio conflittuale*, Napoli, 2020, p. 350 ss.

⁷¹³ Cfr. par. 2.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 373 ss.

⁷¹⁵ LA ROSA, *Corruzione privata, op. cit.*, p. 466 ss.

però in questo modo sarebbe chiamata ad occuparsi anche di illeciti che hanno scarsa o nulla incidenza sulla concorrenza, dal momento che i piccoli episodi di corruzione privata la pregiudicano non di per sé, ma per accumulo sommandosi a tanti altri.

Secondo una tesi ⁷¹⁶, però, è irrazionale che il legislatore, da un lato, criminalizzi la corruzione privata e, dall'altro, preveda soltanto sanzioni amministrative in materia *antitrust*, nonostante alcune intese possano creare danni molto maggiori; o meglio, l'irrazionalità trova esclusivo fondamento nell'asserito carattere ancora più immorale della corruzione.

L'asserzione per la quale la sanzione penale per la *private bribery* si giustifica per le modalità di aggressione (la tangente) e per il fatto che in essa la nozione di concorrenza tutelata è di natura statica e non dinamica come nella legislazione *antitrust*⁷¹⁷, non sembra però del tutto convincente, dal momento che, come si è visto, anche le semplici condotte istigatorie assumono rilievo penale in ambito eurounitario. La differenza di trattamento sembra più che altro risiedere in una scelta di politica legislativa, per cui le imprese che violano la concorrenza incorrono in sanzioni amministrative, mentre quelle "corruttrici" in una responsabilità di carattere penale.

Un recente contributo⁷¹⁸ ha peraltro teorizzato la possibilità che determinati accordi ricondotti alla legislazione *antitrust*, quali per esempio le intese occulte per il *price fixing*, per il *market sharing* o per concordare le offerte nelle gare pubbliche, possano essere considerati quale corruzione privata reciproca e quindi essere doppiamente sanzionati, in via penale ed amministrativa, come già accade nel caso di turbativa d'asta.

Questa ricostruzione, seppur suggestiva, pone il problema di come, a fronte dello stesso accordo per falsare la concorrenza, le imprese partecipanti possano essere considerate al contempo, sotto il profilo penalistico, corrotte e corruttrici, per cui è preferibile ritenere che debba essere eventualmente il legislatore ad attribuire rilievo penale ai cartelli. In ogni caso lo scritto in commento fornisce interessanti spunti di riflessione nella misura in cui esamina il rapporto fra sanzioni amministrative e penali nell'ottica di un più ampio spazio di applicazione di queste ultime, senza peraltro escludere le prime.

⁷¹⁶ SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2007, fasc.4, p. 834.

⁷¹⁷ LA ROSA, *Corruzione privata*, op. cit., p. 469.

⁷¹⁸ VENTULLO, *L'inizio dei giochi: il nuovo reato di corruzione tra privati dopo la legge spazzacorrotti e i suoi impatti sulla responsabilità dei singoli e delle imprese*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.1, p. 88-89.

Occorre poi evidenziare che, al di là dell'insufficienza delle sole sanzioni apprestate dal diritto civile e amministrativo, il contrasto alla corruzione privata non può limitarsi alla punizione delle persone fisiche responsabili, dal momento che il fenomeno deve essere considerato con riguardo al suo naturale terreno di coltura, cioè l'impresa.

Sotto questo aspetto due sono i nodi da affrontare: le politiche che la stessa impresa deve porre in essere per prevenire e arginare la *private bribery*, sotto forma di codici etici, *compliance programs*, protezione dei soggetti che al suo interno segnalano fatti illeciti, con le forme di supporto che l'ordinamento può apprestare per incoraggiare e rendere effettiva l'autoregolamentazione, e dall'altro lato il trattamento sanzionatorio nel quale possono incorrere le "imprese corrotte".

In ultima analisi, prima di affrontare gli aspetti di maggior interesse in materia di autoregolamentazione privata, si può trarre una prima conclusione.

Nella repressione della *private bribery* lo strumento penale è irrinunciabile, mentre le sanzioni civili e amministrative dovrebbero avere un ruolo di supporto; l'impresa, oltre ad essere passibile di sanzioni accanto alle persone fisiche, ha il compito di contribuire a contrastare il fenomeno, nel suo stesso interesse e in quello della collettività.

Lo stesso approccio è del resto seguito nella Decisione quadro, che agli artt. 5 e 6 prevede per gli Stati l'obbligo di introdurre sanzioni per le persone giuridiche per i fatti di corruzione commessi dagli apicali e dai soggetti sottoposti alla loro vigilanza, qualora l'omesso controllo abbia reso possibile il reato.

Le sanzioni, che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive, sono: l'esclusione da sussidi pubblici, il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività, la sorveglianza e la liquidazione giudiziarie. Come si vedrà non è però del tutto chiaro se gli obblighi riguardano solo la corruzione attiva o anche quella passiva, perlomeno nei casi in cui l'ente ne trae vantaggio.

Come rilevato da una parte della dottrina, del resto, risulta fondamentale a livello europeo, perlomeno in relazione ai reati di natura economica per i quali esistono obblighi di incriminazione a livello eurounitario, prevedere l'armonizzazione delle sanzioni per gli enti, in modo da evitare tra l'altro il fenomeno del *forum shopping*⁷¹⁹.

⁷¹⁹ MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex dlgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, p. 20 ss.

2. Gli strumenti dell'autoregolamentazioni: i codici etici e i *compliance programs*.

Per quanto riguarda la prevenzione dei reati o più in generale delle condotte illecite un ruolo importante può essere svolto anche dall'autoregolamentazione delle imprese.

Come è stato sottolineato riguardo alla corruzione il solo diritto penale, o ancor meglio il solo diritto, non può essere ritenuto sufficiente, essendo necessario promuovere lo sviluppo di un'etica degli affari all'interno delle imprese, in modo che le tangenti non assumano un carattere sistemico⁷²⁰.

In questo senso assumono rilievo i codici etici, che sono stati definiti in modo efficace come la "carta costituzionale" dell'impresa, finalizzata a far sì che il profitto non venga conseguito in contrasto con la legge, creando all'interno dell'ente un clima favorevole all'osservanza degli obblighi giuridici.

In questo modo si prende consapevolezza del fatto che la società vive in un contesto complesso, caratterizzato dalla presenza di altri soggetti, denominati *stakeholders* (non solo gli azionisti, ma anche le altre imprese, i fornitori, i consumatori e più in generale la collettività) che hanno interesse al suo buon andamento e ai quali essa deve rendere conto. È stato allora sostenuto che gli amministratori assumono un ruolo di mediazione tra questi diversi soggetti⁷²¹.

Potrebbe dirsi che i codici etici si posizionano in una «zona grigia fra mercato e Stato»⁷²², dal momento che occorre constatare l'impossibilità dell'ordinamento giuridico di regolamentare ogni aspetto e risolvere tutti i problemi che si presentano, con la conseguente opportunità che le imprese si diano spontaneamente delle norme di condotta, assumendo in forma volontaria determinati impegni, suscettibili di orientare l'agire degli amministratori laddove le leggi dello Stato non sono in grado di porre rimedio ai limiti del libero mercato.

I codici etici, che rappresentano pertanto una sorta di patto del tutto volontario che l'impresa stringe col contesto sociale di riferimento, si sono sviluppati per la prima volta negli anni '60 del secolo scorso negli Stati Uniti e nei successivi due decenni hanno riscosso

⁷²⁰ PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir.pen.e processo.*, 2008, fasc.3, p. 283.

⁷²¹ LUCHENA, *Codice etico e modelli organizzativi nel dlgs,n.231/01:legittimità ed efficacia*, in *Giur.comm.*,2011, fasc.2, p. 245 ss.

⁷²² ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur.comm.*, 2011, fasc.1, p. 159.

un certo successo anche in ambito europeo, perlomeno nelle imprese di maggiori dimensioni; in alcuni casi i codici vengono elaborati dalla stessa impresa, mentre in altri si tratta di testi proposti dalle associazioni di categoria ai quali gli appartenenti possono decidere di aderire.

In merito alla loro valenza sono stati proposti due orientamenti.

Per il primo si tratterebbe semplicemente di *soft law*, dal momento che l'eventuale inosservanza degli impegni presi non è assistita da sanzioni, mentre per il secondo potrebbero essere paragonabili a delle vere e proprie promesse al pubblico, cosicché gli *stakeholders* in caso di violazione potrebbero far valere la responsabilità contrattuale o eventualmente extracontrattuale degli amministratori. Nei confronti di questi ultimi, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, potrebbe essere introdotta un'azione di ex art.2392 c.c., nel caso in cui l'inosservanza degli obblighi di comportamento fosse a loro imputabile⁷²³.

Premesso il fatto che sembra preferibile la prima tesi, per la quale gli interessati non potrebbero far valere la violazione di impegni di natura morale, quando non si traducano anche nell'inosservanza di norme giuridiche, bisogna adesso interrogarsi sull'efficacia dei codici etici.

Secondo una visione pessimistica⁷²⁴ non potrebbe in realtà parlarsi di "impresa etica", dal momento che alla base di questo assunto vi sarebbe un vero e proprio conflitto di interessi: lo scopo è infatti quello di massimizzare il profitto, che deve andare a vantaggio degli azionisti; per di più le imprese non hanno interesse alla cooperazione etica, dal momento che non vi sarebbe alcuna garanzia del fatto che le altre terrebbero un comportamento analogo. In definitiva la soluzione proposta non è introdurre l'etica negli affari, ma far leva su un recupero della morale individuale.

Per quanto riguarda la corruzione privata, dal momento che gli Stati appartenenti all'UE sono tenuti a criminalizzarla e non vi è quindi un mero impegno morale, ma un vero e proprio obbligo giuridico di astenersi dal commettere tali condotte, il codice etico può fungere da strumento di supporto all'effettività della legge penale, ma non può certo posizionarsi in quella zona grigia esistente fra Stato e mercato; si tratta infatti di un fenomeno che non sfugge all'attenzione dell'ordinamento, che aspira anzi a reprimerlo.

⁷²³ BALESTRA, *Il ruolo dei codici etici nell'autoregolamentazione del mercato*, in *Giur.comm.*, 2018, fasc.2, p. 223 ss.

⁷²⁴ G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, p. 117 ss.

La riflessione deve allora spostarsi dal piano della mera opportunità a quello dell'efficacia delle disposizioni contenute nei codici etici volte a contrastarla.

Indubbiamente l'efficacia risulta tanto maggiore quanto più il codice è assistito da sanzioni di natura privata (giuslavoristiche e/o contrattuali) in caso dell'inosservanza dei precetti ivi contenuti e quanto più l'ordinamento preveda da un lato sanzioni per le imprese dove si verificano fatti di *private bribery* e per converso incentivi in caso di adozione di misure di autoregolamentazione volte a prevenirla o a reprimerla.

Proprio quest'ultima riflessione consente di introdurre un secondo strumento di autoregolamentazione privata, i *compliance programs* (o modelli organizzativi), che rispetto ai codici etici presentano maggiore efficacia, perché non si tratta di una mera enunciazione di principi, ma sono anche previste sanzioni disciplinari in caso di inosservanza⁷²⁵.

Secondo un primo orientamento, nonostante alcune somiglianze, costituite dalla volontarietà e dalle finalità preventive, i due strumenti sono differenti, proprio perché i *compliance programs* hanno un carattere coercitivo, sebbene le sanzioni irrogate siano sempre di natura privata⁷²⁶.

Secondo invece un'altra visione, il modello organizzativo e il codice etico possono essere strettamente collegati, dal momento che il secondo si trova "a valle" del primo e contiene anch'esso alcuni aspetti di natura programmatica, quali per esempio le modalità con le quali l'impresa intende conseguire i suoi scopi e gli aspetti che caratterizzano gli impegni di natura etica e sociale della stessa⁷²⁷.

Riguardo ai rapporti fra i due strumenti può affermarsi che, sebbene il codice etico possa fungere da guida "morale" per l'impresa, il modello organizzativo deve necessariamente scendere nel dettaglio, declinando le politiche aziendali nei diversi settori, con prescrizioni concrete e l'individuazione di ruoli chiave che devono farne rispettare le prescrizioni⁷²⁸.

La dottrina ha recentemente sottolineato l'opportunità per le società private, che a differenza della PA non sono tenute a farlo, di dotarsi di un piano di prevenzione della

⁷²⁵ Occorre sottolineare che per altra tesi i codici etici dovrebbero essere suddivisi in tre parti (principi generali, principi di condotta per i dipendenti e sistema sanzionatorio previsto in caso di violazioni). Secondo questa accezione, dunque, essi sarebbero di fatto assimilabili ai *compliance programs* (SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel dlgs. n. 231/2001*, Milano, 2019, p. 70 ss).

⁷²⁶ LA ROSA, *Corruzione privata*, op. cit., p. 473.

⁷²⁷ LUCHENA, *Codice etico*, op. cit., p. 256.

⁷²⁸ CASSINELLI, *Modello 231 e global compliance program: come districarsi nella selva regolamentare interna all'azienda*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.4, p. 361.

corruzione ad integrazione del *compliance program*, finalizzato a far sì che tutti i soggetti interni all'ente e quelli che intrattengono rapporti con esso, quali clienti, fornitori e subappaltatori, adottino comportamenti rispettosi delle regole, nella consapevolezza dei pregiudizi che la corruzione può determinare per l'ente⁷²⁹.

Si è a tal proposito rilevato che oggi i piani anticorruzione nel settore privato sono tanto più necessari se si considera che l'impresa è un soggetto attivo nei fatti di corruzione e che la prevenzione risulta necessaria visto il carattere sistemico del malaffare. Nella prospettiva del contributo citato⁷³⁰, dove vengono analizzate le similitudini e le differenze fra i modelli anticorruzione della PA e quelli delle imprese, i piani di queste ultime dovrebbero avere lo scopo di prevenire le «disfunzioni amministrative», quindi essere in qualche modo serventi al contrasto alla corruzione pubblica.

Esaminando però l'autoregolamentazione degli enti da una diversa prospettiva, si potrebbe aggiungere che i *compliance programs* possono avere anche lo scopo di contrastare la *private bribery*.

Nel corso del presente lavoro si è spesso sottolineato che, anche negli ordinamenti che non adottano il “modello unitario”, si è verificato nel corso degli ultimi anni un progressivo riavvicinamento fra la corruzione pubblica e privata e di conseguenza parte della dottrina ha cercato di affrontare la tematica dei piani per la prevenzione in modo integrato, sottolineandone gli aspetti comuni, con particolare riferimento alle finalità, alle caratteristiche generali, alla formazione, al ruolo dei soggetti preposti alla vigilanza⁷³¹, a testimonianza del fatto che non è più sufficiente la sola tipizzazione similare della fattispecie riguardo alle persone fisiche.

In merito alle caratteristiche che un *compliance program* efficace per combattere la corruzione, in particolare quella privata, dovrebbe avere, occorre tenere conto delle dimensioni dell'ente, delle operazioni svolte, della struttura organizzativa, con particolare riguardo al sistema dei controlli. Soltanto dopo questa analisi sarà possibile porre in essere tutte le misure correttive necessarie. Risulta importante la formazione dei dipendenti, l'impegno del personale a tutti i livelli, a cominciare dal *top management*, nonché la nomina

⁷²⁹ DEVITTO, *Il piano di prevenzione della corruzione nelle società a capitale privato: non un obbligo ma un'opportunità*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2019, fasc.1, p. 299 ss.

⁷³⁰ BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir.pen.e processo.*,2016, fasc.11, p. 1507 ss.

⁷³¹ Per un approfondimento si rimanda a A.ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir.pen.e processo, Gli speciali*, 2013, p. 44 ss.

di un soggetto con un ruolo di supervisore, che potrebbe essere quello già incaricato di sorvegliare l'attuazione dei *compliance programs* già esistenti, nell'ordinamento italiano l'organismo di vigilanza (OdV).

Le aree di maggior rischio sono senz'altro quelle relative ai rapporti coi fornitori, alla gestione delle commesse, alle consulenze, agli omaggi (*hospitality*, già esaminata con riguardo al *Bribery Act*), alla selezione del personale, alla contabilità. In caso di possibili comportamenti illeciti devono essere predisposti appositi canali di segnalazione⁷³²: è la tematica del *whistleblowing*, che sarà esaminata nel prossimo paragrafo⁷³³.

In ultima analisi, risulta quindi evidente che un *compliance program* in funzione anticorruzione non può limitarsi, a differenza di un codice etico, a semplici enunciazioni di principi, ma deve prevedere le misure e le procedure da adottare in ogni settore nel quale l'impresa svolge la sua attività e i necessari controlli.

3. La regolamentazione del *whistleblowing*: uno strumento di supporto per l'emersione della corruzione (anche privata). La direttiva europea.

I reati di corruzione sono stati efficacemente definiti «a vittima muta»⁷³⁴, per sottolineare il fatto che molto spesso non vengono denunciati.

Le ragioni di quanto detto sono da ascrivere innanzitutto al carattere normalmente bilaterale del reato, anche se, come si è visto, oltre alla punibilità delle condotte istigatorie, la corruzione privata si configura, anche in Italia, quale fattispecie unilaterale. Nella maggior parte dei casi vi sono tuttavia un corrotto e un corruttore che, seppur mossi da scopi diversi, hanno tuttavia il comune interesse a far sì che il *pactum* non venga disvelato, in modo da evitare l'intervento dei sistemi repressivi pubblici e privati e potere eventualmente perpetuare gli accordi illeciti in modo sistemico.

A quanto detto si aggiunge il fatto che spesso la corruzione non è immediatamente percepibile dalle vittime; per quanto concerne in particolare la *private bribery* si è d'altronde specificato che la nozione di concorrenza violata deve essere intesa, secondo la maggior

⁷³² PETRILLO, *La riforma del reato di corruzione tra privati: quali impatti sul modello 231?*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2017, fasc.3, p. 286 ss.

⁷³³ In merito al *risk assessment* e alla costruzione di un modello adeguato di organizzazione cfr. anche SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti*, op. cit., p. 72 ss; LOMBARDI, *Il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza*, San Giuliano Milanese, 2020, p. 148 ss.

⁷³⁴ MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir.pen. e processo*, 2008, fasc.6, p. 750.

parte degli interpreti, in senso macroeconomico, non essendo necessario verificare che un determinato concorrente abbia riportato un danno. In molti casi, anzi, i soggetti danneggiati non sono nemmeno consapevoli del patto o comunque potrebbero non ritenere vantaggioso denunciarlo.

Per questi motivi assume rilievo il contributo che il fenomeno del *whistleblowing* può dare alla scoperta dei fenomeni corruttivi.

Con questo termine si designano le garanzie delle quali godono i dipendenti delle imprese che di loro iniziativa segnalano condotte illecite verificatesi sul luogo di lavoro sia all'imprenditore, attraverso procedure e canali da questo predisposti, sia ad entità esterne all'azienda.

Si tratta di un istituto di origine anglosassone, comparso per la prima volta nel 1777 e che ha visto la più importante codificazione nel *Sarbanes Oxley Act* statunitense del 2002, dove si prevede l'obbligo per le società di dotarsi di strumenti idonei a raccogliere le denunce e le segnalazioni, anche anonime o confidenziali, in materia di scorrettezze nella contabilità e nei controlli interni, provenienti dai dipendenti, ai quali devono essere riconosciute garanzie specifiche contro possibili ritorsioni, purché la segnalazione venga fatta in buona fede⁷³⁵.

Esso si è diffuso al di fuori di Gran Bretagna e Stati Uniti anche grazie a quanto disposto dagli strumenti sovranazionali.

Per esempio l'art.9 della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione del 1999, l'art.33 della Convenzione di Merida, strumenti trattati nel primo capitolo⁷³⁶, invitavano gli Stati ad adottare adeguate misure di protezione nei confronti dei dipendenti che segnalano alle autorità fatti di corruzione; benché la lettera delle norme sia diversa, dal momento che soltanto l'art.9 pone un preciso obbligo giuridico, si tratta di trattati comunque privi di carattere cogente.

In ogni caso, comunque, in seno al Consiglio d'Europa è stato istituito il GRECO, le cui raccomandazioni rivestono una notevole importanza a livello di *moral suasion*.

⁷³⁵ LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?*, in *Protezione delle vedette civiche: il ruolo del whistleblowing*, Milano, 2009, p. 107 ss.

⁷³⁶ Cfr. par.13-14.

Secondo l'orientamento tradizionale del mondo anglosassone i segnalanti tengono un comportamento pro-sociale, per cui sono meritevoli di protezione anche qualora le loro condotte non siano determinate da semplice altruismo, ma essi perseguono anche interessi di natura personale. In ogni caso nei loro confronti non possono essere adottate ritorsioni: esse, nell'impostazione del già richiamato *Sarbanes Oxley Act*, sono da considerarsi azioni quali licenziamento, provvedimenti disciplinari, demansionamento, minacce, molestie e più in generale qualsiasi forma di discriminazione⁷³⁷.

Questa opinione non è peraltro oggi unanimemente condivisa, dal momento che secondo un altro filone di pensiero soltanto il segnalante disinteressato può godere in modo pieno delle tutele apprestate dall'ordinamento⁷³⁸; bisogna però rilevare che in tal modo l'esito potrebbe essere quello di disincentivare chi intende far emergere condotte corruttive all'interno dell'organizzazione.

Mentre nei paragrafi successivi saranno fatti cenni al *whistleblowing* in Francia e in Gran Bretagna, per quanto riguarda l'Italia occorre rilevare che il legislatore si è preoccupato primariamente di disciplinare il fenomeno in ambito pubblico, dando così seguito alle sollecitazioni del GRECO⁷³⁹ mediante l'introduzione nel 2012 dell'art.54bis del dlgs. n.165 del 2001, modificato poi nel 2017.

Per quanto riguarda invece il settore privato, a differenza della PA, inizialmente l'adozione di procedure interne per la segnalazione di fatti illeciti non era obbligatoria.

Soltanto nel 2017 è stato adottato per la prima volta un approccio al fenomeno che prendeva in considerazione entrambi i settori, seppur con una disciplina differente.

Con la legge 179 si stabilisce infatti che i modelli di organizzazione previsti dal dlgs. n.231 del2001 devono prevedere uno o più canali attraverso i quali i dirigenti e i sottoposti possono segnalare le condotte illecite delle quali sono venuti a conoscenza nel corso della loro attività lavorativa; deve essere garantito l'anonimato del segnalante, anche attraverso un canale alternativo con modalità informatiche, sono vietati gli atti discriminatori nei suoi confronti, a pena di sanzioni disciplinari a carico di chi li adotta; le eventuali misure ritorsive

⁷³⁷ AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2014, fasc.3, p. 555 ss.

⁷³⁸ Questa opinione è ben rappresentata dalla sentenza della Sezione Sesta del Consiglio di Stato n.28 del 01/02/2020, per la quale, considerata l'estensione del diritto di accesso e il fatto che le restrizioni ad esso costituiscono una eccezione, la garanzia dell'anonimato si applica solo alle segnalazioni disinteressate.

⁷³⁹ BONFIGLIOLI, *L'Italia valutata dal GRECO*, in *Cass.pen.*,2010, fasc.3, p. 1167 ss

possono essere denunciate non solo dal segnalante, ma anche dall'ispettorato del lavoro e dalle organizzazioni sindacali. Queste norme si applicano anche alle società private in controllo pubblico, nei confronti delle quali l'ANAC ha adottato delle apposite linee guida (Delibera n.1134 del 2017).

Occorre però precisare che la tutela del segnalante, a parte le società in controllo pubblico tenute ad adeguare il loro ordinamento alle delibere ANAC, è prevista solo per quelle che hanno adottato un modello ai sensi del dlgs. 231; l'adozione di meccanismi di segnalazione è infatti uno degli elementi da considerarsi quale fatto attenuante o esimente riguardo alla colpa di organizzazione nel caso della commissione di uno dei reati previsti dallo stesso decreto, fra i quali vi è anche la corruzione privata (cfr.*infra*).

Questa impostazione si palesava però troppo limitativa, in quanto nel settore privato mancavano, non solo in Italia ma sovente anche a livello europeo, discipline cogenti in materia di tutela del *whistleblower*.

Proprio in considerazione di questo il 23 aprile 2018 la Commissione Europea ha adottato una proposta di direttiva in tal senso, nella consapevolezza che molto spesso le prime persone a conoscere le condotte illecite sono proprio i dipendenti delle organizzazioni all'interno delle quali esse avvengono.

Lo scopo è quello di rafforzare, mediante la disciplina del *whistleblowing*, il diritto eurounitario, con particolare riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, quali la libertà di espressione, di informazione, il diritto a condizioni di lavoro eque, il rispetto della vita privata, la protezione dei dati personali, della salute, dell'ambiente e dei principi di buona amministrazione. La scelta di proporre la direttiva in parola è stata rafforzata anche dal risultato dei sondaggi condotti dalla stessa Commissione, all'esito dei quali è risultato che la maggior parte delle persone interpellate avevano dichiarato di non aver segnalato episodi di malaffare dei quali erano venuti a conoscenza per timore di subire ritorsioni⁷⁴⁰.

Alla proposta ha poi fatto seguito la direttiva n.1937 del 2019, peraltro non ancora recepita dall'Italia, in merito alla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione in alcuni settori indicati, fra i quali per quanto qui interessa rileva soprattutto la

⁷⁴⁰ MANACORDA, *Whistleblowing: verso una disciplina europea unitaria*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2018, fasc. 3, p. 185 ss.

concorrenza, ragione primaria per la quale l'UE ha inteso obbligare gli Stati membri a incriminare la corruzione privata.

Come è stato significativamente rilevato⁷⁴¹, la direttiva non utilizza il termine *whistleblower*, in considerazione del fatto che esso ha talvolta assunto un'accezione negativa nel senso di delatore, ma quelli di *report* e *reporting person*, ovvero segnalazione e persona segnalante.

La protezione prevista dallo strumento eurounitario non è però assoluta, in quanto gli obblighi e le tutele valgono solo per gli enti con almeno cinquanta dipendenti o cinquanta milioni di fatturato, mentre quelli di dimensioni inferiori sono soltanto incoraggiati a conformare i rispettivi ordinamenti alle disposizioni della direttiva.

I canali previsti per le segnalazioni sono interni ed esterni, con l'obbligo per l'ente di dare riscontro al *whistleblower* entro sette giorni e di rispondere entro tre mesi o sei mesi in casi particolari. Se i canali interni non funzionano è possibile fare ricorso alla divulgazione pubblica.

Le tutele per il segnalante sono la riservatezza della sua identità, il trattamento dei dati in modo conforme al GDPR europeo; non è invece riconosciuta protezione alle segnalazioni anonime. Assume particolare rilievo il divieto di atti ritorsivi nei confronti dei segnalanti, che non vengono definiti ma semplicemente esemplificati: licenziamento, trasferimento, demansionamento, iscrizione in apposite liste nere, offesa della reputazione. Nel caso in cui vengano adottate misure afflittive è onere del datore di lavoro dimostrare che esse non sono state collegate con la segnalazione; vi è quindi un significativo meccanismo dell'inversione dell'onere della prova.

Sono inoltre previste misure di sostegno a favore del *whistleblower*, ovvero consulenze giuridiche, psicologiche, patrocinio a spese dello Stato in caso di procedimenti giudiziari e viene stabilita l'esenzione dalla responsabilità per diffamazione, violazione del diritto d'autore e di quella discendente dalla violazione degli obblighi di riservatezza, purché la segnalazione sia necessaria. In ogni caso l'esimente non si estende alle condotte poste in essere per acquisire le informazioni, cosicché per esempio la violazione di un sistema informatico potrà mantenere rilievo penale.

⁷⁴¹ D'ACQUARONE, *Whistleblowing e dintorni: è un diritto o un obbligo? E che ne è delle tutele per il whistleblower privo di modello?*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2021, fasc. 3, p. 180.

Non sono invece previsti incentivi di natura economica e le forme di protezione trovano un limite nella colpa del segnalante: la falsità delle informazioni non rileva solo se chi le ha date aveva fondati motivi di ritenere che fossero vere⁷⁴². Per di più, non essendo richiesti la prova della buona fede del whistleblower, né il fatto che questi debba provare la veridicità delle informazioni, né che vi sia proporzione tra il fatto denunciato e il danno causato al datore di lavoro, il sistema risulta più protettivo, rispetto al passato, della libertà di espressione.

La direttiva eurounitaria comporta pertanto l'obbligo di armonizzazione delle legislazioni preesistenti nei diversi Stati membri, che offrono al segnalante tutele differenziate e spesso inadeguate, limitandosi alla garanzia dell'anonimato⁷⁴³

In tal modo l'Unione Europea intende apprestare un quadro giuridico unitario di protezione per il *whistleblower*, che peraltro non necessariamente deve essere un dipendente dell'impresa, potendo trattarsi anche di lavoratori autonomi, collaboratori esterni, volontari, tirocinanti, subappaltatori e fornitori.

Per quanto riguarda il caso italiano la conseguenza sarà quella, una volta recepita la direttiva, di superare le limitazioni oggi esistenti, per le quali soltanto le imprese che si sono dotate di un *compliance program* devono tutelare il segnalante affinché il modello abbia rilevanza nel giudizio sulla responsabilità amministrativa⁷⁴⁴.

Bisogna però precisare che i modelli ex legge 231 e la direttiva europea si muovono su due piani diversi.

I primi sono infatti facoltativi e hanno lo scopo di attenuare o escludere la colpa di organizzazione, mentre la seconda è focalizzata sulle tutele da conferire obbligatoriamente al segnalante, peraltro non in tutti gli enti, ma solo in quelli che hanno i requisiti dimensionali stabiliti (e questo è un limite oggettivo per un Paese come il nostro caratterizzato dalla presenza di microimprese). Di conseguenza lo strumento eurounitario dovrebbe essere letto in rapporto di eterointegrazione con la legge 231.

⁷⁴² DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist.pen.*, 6 dicembre 2019.

⁷⁴³ ABAZI, *Whistleblowing in the European Union*, in *Common market law review*, 2021, p. 813 ss.

⁷⁴⁴ SANTORIELLO, *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2019, fasc.1, p. 50.

In nessuno dei due strumenti la segnalazione è comunque obbligatoria, nonostante secondo una tesi espressa⁷⁴⁵ i soggetti che ricoprono ruoli manageriali sarebbero tenuti a segnalare gli illeciti, mentre riguardo agli altri dipendenti vi sarebbe una semplice facoltà, tranne nel caso in cui i regolamenti aziendali prevedano l'obbligo di informare l'Organismo di Vigilanza. In realtà, sembra più corretto ritenere che la denuncia sia sempre facoltativa, anche se il rispetto delle regole non solo formale all'interno delle imprese può essere un potente stimolo alla denuncia.

A questo punto bisogna solo aggiungere, con particolare riferimento al caso italiano, che le tutele per il *whistleblower* potrebbero andare oltre i meri obblighi di incriminazione della *private bribery*.

Come si vedrà, infatti, la responsabilità dell'ente sussiste solo per la corruzione privata attiva, mentre per quella passiva nulla è previsto. Dal che discende che, siccome la segnalazione deve essere fatta nell'interesse dell'ente ai sensi dell'art.6 della legge 231, nel caso di corruzione passiva l'interesse potrebbe essere ritenuto inesistente, perché l'impresa non rischierebbe di essere sanzionata⁷⁴⁶. Aderendo a questa tesi, chi segnala un fatto di corruzione passiva sarebbe protetto solo nel caso in cui, nel silenzio del legislatore, il *compliance program* aziendale preveda qualche disposizione in proposito.

Sembra però preferibile ritenere che, siccome la *private bribery* attiva e passiva lede non solo interessi privatistici, ma anche di natura sovraindividuale (es. la concorrenza e il diritto dei consumatori), il *whistleblower* debba essere protetto a prescindere dal fatto che la segnalazione del fatto attenga al versante attivo o a quello passivo, tanto più che talvolta, come si è già ricordato, la stessa impresa "vittima" non intende effettuare controlli per non affrontare i relativi costi o addirittura ne trae vantaggio. La direttiva eurounitaria sembra del resto andare in questa direzione.

Si sta quindi affermando il principio per il quale chi segnala illeciti non solo compie un'attività di rilievo generale, ma agisce anche nell'interesse dell'impresa dove avvengono i fatti illeciti, dovendo la fedeltà essere intesa non tanto in senso personalistico nei confronti degli apicali, ma della stessa impresa quale entità distinta da coloro che la dirigono⁷⁴⁷, che trae giovamento dal rispetto delle regole.

⁷⁴⁵ D'ACQUARONE, *Whistleblowing*, op. cit., p. 194 ss.

⁷⁴⁶ SANTORIELLO, *Alcune note*, op. cit., p. 63.

⁷⁴⁷ ARMONE, *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in *Protezione delle vedette civiche*, op. cit., p. 130.

È infatti sempre più diffusa l'idea per la quale l'interesse dell'ente non può meramente identificarsi in quello degli azionisti o degli amministratori, dovendosi invece tenere in considerazione quello di tutti gli stakeholders, vale a dire la collettività nella quale esso opera⁷⁴⁸.

4. La certificazione ISO 37001: un ulteriore supporto in chiave anticorruzione

Il sistema di contrasto alla corruzione all'interno dell'impresa, che abbiamo visto essere fondato non solo sulla legge penale e sanzioni civili e amministrative ma anche su codici etici, *compliance programs* e sulle tutele nei confronti dei *whistleblowers*, che oggi assumono sempre più un carattere cogente, è stato da ultimo completato da un altro strumento: la certificazione ISO 37001/2016⁷⁴⁹.

Si tratta di una norma emessa dall'Organizzazione mondiale per la standardizzazione, della quale fanno parte gli enti di accreditamento degli Stati membri, che hanno il compito di attestare la competenza delle società di certificazione.

La certificazione ISO 37001 è di natura privatistica, anche se trova la sua legittimazione nelle regole stabilite da un ente internazionale. Seppur non obbligatoria e non dotata della stessa valenza esimente dei modelli di organizzazione, può ugualmente essere richiesta delle imprese per migliorare la loro reputazione, ottenere più alte valutazioni nel settore degli appalti pubblici; è infine possibile che esse incentivino i loro fornitori e subappaltatori a dotarsene, in modo da essere certi di contrattare con soggetti che rispettano determinati *standards*⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ VENTULLO, *L'inizio dei giochi: il nuovo reato di corruzione tra privati dopo la legge spazzacorrotti e i suoi impatti sulla responsabilità dei singoli e delle imprese*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.1, p. 78 ss. Secondo questo contributo la tendenza è per esempio rinvenibile dall'impianto della legge 231 e dalla modifica dell'art.2086 c.c., per cui l'imprenditore ha il dovere di dare all'impresa un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

⁷⁴⁹ Le certificazioni, in linea generale, sono documenti attestanti il fatto che l'organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa è conforme a determinate norme valide a livello nazionale e/o internazionale, tra cui anche quelle afferenti alla legalità. Nell'adozione di un adeguato *compliance program* è importante verificare se l'ente è provvisto di certificazioni e se le relative prescrizioni vengono messe in atto (Esposito, *Assetti societari e rischio penale*, Torino, 2022, p. 149-150).

⁷⁵⁰ TARTAGLIA POLCINI, PORCELLI, *Profili giuridico funzionali della nuova UNI ISO 37001/2016 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione*, in *La Resp.amm.delle società e degli enti*, 2017, fasc.2, p. 10 ss. e DE SIMONE, *Modello 231/2001 e ISO 37001: lotta alla corruzione pubblica e privata*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2018, fasc.1, p. 299 ss..

Per la normativa ISO la corruzione consiste nell'offrire, dare, accettare, promettere un vantaggio finanziario o non finanziario di qualsiasi valore, direttamente o per interposta persona, in qualunque luogo, in violazione dei propri doveri.

L'ambito di applicazione della norma è molto ampio, dal momento che riguarda tutti i casi di corruzione attiva, passiva, diretta e indiretta nei settori pubblico, privato e nel cd. terzo settore; i casi considerati sono la corruzione ad opera dell'organizzazione stessa, dei dipendenti, dei soci, anche tramite altri soggetti.

Lo scopo ultimo è quello di agevolare l'ente a prevenire e scoprire la corruzione, con la possibilità di estendere il *modus operandi* della regola ISO anche a fattispecie satellite rispetto alla corruzione, quali per esempio riciclaggio, violazioni della legge antitrust e altre pratiche illecite.

Nonostante la certificazione valga unicamente per la corruzione, l'applicazione della norma anche a diverse condotte scorrette, non necessariamente costituenti illecito penale, fa sì che la ISO 37001 possa estendersi non solo alla *bribery* pubblica e privata intesa in senso stretto, ma anche alla *corruption* in una accezione lata⁷⁵¹ (per quanto riguarda le differenze fra *bribery* e *corruption* si rimanda a quanto esposto nel primo capitolo⁷⁵²).

Per di più, ai fini del rilascio della certificazione si tiene conto di tutte le condotte e prassi aziendali, anche delle eventuali filiali estere, comprese quelle formalmente lecite che presentano però il rischio di determinare fatti di corruzione.

Per ottenere il rilascio è necessario che l'azienda predisponga una politica anticorruzione con il coinvolgimento del *top management*, nomini un soggetto incaricato, stabilisca programmi di formazione per i dipendenti, valuti i rischi e stabilisca procedure adeguate⁷⁵³.

In definitiva la regola ISO 37001, pur diversa dal modello organizzativo, può costituire un ausilio per migliorarlo o eventualmente per adottarne uno.

In merito alla valenza della certificazione, nel caso in cui si verifichi un episodio di corruzione attiva all'interno delle imprese che ne sono provviste, queste potrebbero forse

⁷⁵¹ VILLOSO, GROMIS, *L'esperienza di certificazione anti-bribery di Intesa Sanpaolo S.P.A.*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc. 1, p. 213 ss.; GROMIS, MATTINA, VACCARE, *La certificazione anti-bribery e l'esperienza ENEL S.P.A.*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2017, fasc. 2, p. 279 ss.

⁷⁵² Cfr. par.5.

⁷⁵³ TARTAGLIA POLCINI, PORCELLI, *Profili giuridico/funzionali*, *op. cit.*, p.18.

aspirare, nonostante manchi una disposizione in tal senso a differenza di quanto accade per i programmi ex legge 231, ad un trattamento sanzionatorio più mite.

La certificazione ISO, infine, vista la validità negli oltre centottanta Paesi membri dell'Organizzazione per la standardizzazione, è suscettibile di prevenire la corruzione privata anche negli Stati che non la criminalizzano, assumendo così la natura di *soft law*.

5. Lo scenario attuale: un'autoregolamentazione sempre più cogente

Dalla disamina sin qui effettuata risulta chiaro che all'interno dell'impresa possono essere attivati numerosi strumenti al fine di prevenire la diffusione della corruzione anche nel settore privato: i codici etici, i *compliance programs*, il *whistleblowing*, le certificazioni rilasciate da enti riconosciuti come ad esempio la regola ISO 37001.

Secondo la visione qui proposta i rimedi civilistici e le sanzioni amministrative, aspetti discussi all'inizio del capitolo, insieme all'autoregolamentazione, possono essere senz'altro di ausilio al magistero penale, senza però essere in grado di sostituirlo, dal momento che la *private bribery* lede interessi di notevole rilievo pubblicistico, innanzitutto la concorrenza e quindi il corretto funzionamento del mercato.

Un contributo ⁷⁵⁴ ha a suo tempo sottolineato l'importanza di affiancare al diritto penale, paragonato a un lottatore di sumo, non sempre soddisfacente a causa della sua scarsa deterrenza, non i codici etici, finalizzati unicamente a dare un'immagine positiva dell'impresa ma privi di sostanza, bensì dei modelli di controllo. Questi ultimi vengono invece assimilati a dei lottatori di judo perché, laddove efficaci, fanno sì che «la forza della società» venga utilizzata nei confronti dei soggetti che al suo interno possono compiere azioni illecite.

Questi spunti di riflessione sono ancora oggi validi, ma bisogna anche considerare che nel frattempo i mezzi a disposizione dell'ordinamento sono diventati più raffinati, per cui oggi l'alternativa non è più *tout court* tra il sistema penale e l'autoregolamentazione meramente volontaria.

⁷⁵⁴ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1998, fasc. 2, p. 459 ss.

Lo si è visto nel caso della direttiva europea sul *whistleblowing* e lo si vedrà ancor meglio analizzando le sanzioni delle quali sono passibili gli enti che commettono fatti di corruzione privata.

Di seguito si procederà infatti a trattare la responsabilità delle persone giuridiche per *private bribery* in Francia, Gran Bretagna e Italia.

I Paesi scelti per la comparazione, pur con le diversità che caratterizzano le relative discipline, presentano alcune caratteristiche comuni, dal momento che gli enti non sono soltanto destinatari di obblighi e, in caso di loro violazione, di sanzioni pecuniarie e interdittive⁷⁵⁵, ma sono anche incentivati a dotarsi di un effettivo *compliance program*. Quest'ultimo, qualora messo in atto, può persino precludere l'applicazione delle sanzioni⁷⁵⁶. In Francia, il primo modello che sarà trattato, l'adozione dei programmi è anzi obbligatoria per le imprese che superano determinate dimensioni (cfr. *infra*).

6. Corruzione e impresa in Francia. La *Loi Sapin II*.

Bisogna innanzitutto ricordare che in Francia il codice penale prevede all'art.445-4 per le "*personnes morales*" che hanno commesso fatti di corruzione privata attiva una serie di sanzioni, fra le quali non figura però, a differenza di quanto prevede la Decisione quadro eurounitaria, lo scioglimento, cosa del resto in sintonia con la legislazione d'oltralpe in materia di corruzione pubblica⁷⁵⁷.

Vi è innanzitutto la sanzione pecuniaria (*amende*), che per le persone giuridiche può arrivare fino a 375.000 euro, cioè il quintuplo di quanto previsto per quelle fisiche; seguono poi l'interdizione per una durata massima di cinque anni dall'esercizio di una o più attività legate alla commissione del fatto di corruzione e la sorveglianza giudiziaria, nonché la chiusura fino a cinque anni degli uffici o stabilimenti e la proibizione, sempre fino a cinque anni, di emettere assegni diversi da quelli che consentono il prelievo di fondi presso il traente

⁷⁵⁵ Si è rilevato che le sanzioni applicate agli enti, similmente a quelle irrogate nei confronti delle persone fisiche, possono avere una funzione rieducativa, in quanto l'organizzazione viene incentivata ad adottare dei comportamenti virtuosi, improntati alla *compliance* (cfr. MAUGERI, *La funzione rieducativa, op. cit.*, p. 63 ss.).

⁷⁵⁶ Riguardo all'Italia è stato sottolineato che le cause di non punibilità previste per le persone fisiche non si applicano invece agli enti, per cui si tratterebbe di «una categoria resiliente verso l'esterno». Ciò viene valutato positivamente, in quanto se le condotte collaborative e/o riparatorie fossero suscettibili di escludere la punibilità, l'ente sarebbe disincentivato a porre in essere delle efficaci misure preventive (CONSULICH, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.4, p. 249 ss.).

⁷⁵⁷ SEGONDS, *Corruption active et passive de personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur*, 17 febbraio 2014 (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019), p. 19.

e di utilizzare carte di pagamento. Vi sono inoltre la confisca delle cose utilizzate per commettere il reato e la pubblicazione della sentenza.

Particolare rilievo assume anche l'esclusione dalla possibilità di partecipare alle gare pubbliche, prevista peraltro non solo per la corruzione pubblica e privata, ma anche per altri reati, come per esempio concussione, traffico d'influenza, abuso di fiducia e frode fiscale. In dottrina⁷⁵⁸ si è però dubitato della sua effettività; nonostante infatti la Corte di cassazione francese abbia ritenuto di non sollevare la questione di costituzionalità, ritenendo che trattasi di una disposizione tendente ad assicurare l'integrità e la moralità delle imprese che aspirano ad aggiudicarsi commesse pubbliche, la sua messa in opera si rivela nei fatti problematica.

Non è infatti previsto alcun controllo preventivo da parte della stazione appaltante, ma solo l'obbligo per i partecipanti di trasmettere una dichiarazione in merito alla loro onorabilità. Solo dopo l'aggiudicazione sono possibili ulteriori controlli, comunque a discrezione della PA, resi comunque più difficili dal fatto che non esiste, a differenza di quanto accade per esempio negli Stati Uniti, un elenco delle imprese che hanno subito condanne, e spesso le sentenze sono anonimizzate, cosicché risulta molto difficile risalire all'identità. In più, la legge prevede la possibilità per le imprese di concludere un accordo di natura transattiva con la Procura, che evita l'irrogazione di una pena formale e quindi anche della sanzione accessoria in commento.

Il legislatore francese ha però compiuto lo sforzo maggiore per contrastare la criminalità d'impresa, con particolare riguardo alla corruzione, anche privata, e al traffico d'influenze illecite, alla fine del 2016, con l'approvazione della *loi Sapin2*, dal nome del Ministro della Giustizia proponente, che ha riformato il diritto societario.

Le misure anticorruzione sono però rivolte non a tutte le imprese, ma solo a quelle con un fatturato consolidato (facendo riferimento pertanto anche ai gruppi di società) superiore a cento milioni di euro o con più di cinquecento dipendenti.

Si prevede che le imprese con i suddetti requisiti debbano dotarsi di un codice di condotta che, oltre a definire i comportamenti che costituiscono corruzione, sia integrato con i regolamenti interni e adottato previa consultazione dei rappresentanti dei dipendenti.

⁷⁵⁸ CANDY, FLICHY, *Exclusion des marches publics pour corruption: la theorie et la pratique*, in *La Semaine juridique entreprise et affaires*, 01 agosto 2019, p. 1395 ss.

La società deve innanzitutto, in base all'attività svolta, elaborare una mappa volta ad identificare i rischi di esposizione alla corruzione, valutare la posizione dei principali clienti e fornitori di maggiore importanza, stabilire procedure di controllo interno della contabilità, in modo che le scritture non possano essere utilizzate per nascondere fatti di corruzione. È anche necessario adottare un programma di formazione dei dipendenti, con particolare riguardo a quelli maggiormente esposti alla ricezione di tangenti, un regime disciplinare efficace in caso di violazione delle misure e meccanismi di controllo e di valutazione in merito all'implementazione del codice di condotta. Si tratta di prescrizioni coincidenti almeno in parte con le caratteristiche "ideali" che la dottrina ritiene debbano essere presenti in un *compliance program* capace di funzionare (cfr. sopra).

La legge prescrive che i soggetti deputati a porre in essere il programma siano i presidenti, i direttori generali, i gerenti, i membri del direttorio, che in caso di inadempimento possono essere chiamati a rispondere secondo il diritto comune; in realtà, però, l'elenco non è esaustivo, dal momento che la responsabilità incombe sull'intera società.

In caso di inadempimento è fondamentale il ruolo della neo istituita *Agence Nationale Anticorruption* (AFA), che ha sostituito il previgente *Service Central de prévention de la corruption*; si tratta di un ente di rilievo nazionale, al quale è attribuito il compito di supportare le autorità competenti a prevenire e a scoprire fatti di corruzione, traffico d'influenze, concussione, favoritismo, sviamento di fondi pubblici. L'*Agence* può ingiungere alla società di adeguare il proprio ordinamento interno alle prescrizioni della *loi Sapin2*, entro un termine non superiore a tre anni e comminare una sanzione pecuniaria che per gli enti può arrivare fino a un milione di euro⁷⁵⁹.

Le imprese che hanno commesso dei fatti di corruzione privata attiva possono stipulare col Procuratore della Repubblica competente una *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP)⁷⁶⁰, sottoposta alla validazione del Presidente del Tribunale, con la quale viene assunto l'obbligo di versare un'ammenda proporzionale al profitto illecito ottenuto, comunque non superiore al 30% del fatturato annuo dell'impresa, di risarcire il danno e di porre in essere un programma di conformità della durata minima di due anni sotto la vigilanza dell'AFA, con i contenuti prescritti dalla *loi Sapin2*.

⁷⁵⁹ PORACCHIA, *Le droit des sociétés dans la loi Sapin2*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2017, fasc.1, p. 64 ss.

⁷⁶⁰Questo strumento è previsto anche per la corruzione pubblica attiva, corruzione giudiziaria, corruzione sportiva, traffico d'influenze.

La convenzione giudiziaria si pone in alternativa allo strumento penale ed è particolarmente vantaggiosa dal momento che non comporta un giudizio di condanna né un'ammissione di colpevolezza e consente di evitare l'irrogazione delle pene accessorie esaminate all'inizio del paragrafo. Per accedervi è necessario che l'ente non abbia già subito condanne per corruzione o traffico d'influenze in Francia o all'estero, metta in atto un *compliance program* come descritto, presti collaborazione con l'autorità giudiziaria e svolga parallelamente un'indagine interna; anche la spontanea iniziativa dell'impresa di offrire un risarcimento alle vittime è valutata in modo favorevole⁷⁶¹.

Si tratta di uno strumento simile ai *deferred prosecution agreements* (DPAs) di matrice anglosassone (cfr. *infra*), col quale si intende contemperare l'interesse pubblico a una rapida soluzione del procedimento e alla correzione dei processi interni all'impresa con l'aspirazione di quest'ultima a non subire sanzioni troppo pesanti a fronte della collaborazione con le istituzioni.

La *loi Sapin 2* ha infine stabilito, per quello che qui interessa, già prima della direttiva europea commentata nelle pagine precedenti, un regime di protezione per il *whistleblower* (*le lanceur d'alerte*), che si applica alle imprese con almeno cinquanta dipendenti. Esse sono tenute a porre in essere appositi canali per ricevere segnalazioni attinenti alla commissione di delitti (non però di contravvenzioni), alle violazioni gravi e manifeste di impegni internazionali e di quelle dell'interesse generale; il segnalante, a condizione che agisca in buona fede e in modo disinteressato, gode di protezione contro le eventuali ritorsioni poste in essere dal datore di lavoro ed è onere di quest'ultimo provare che un eventuale provvedimento sfavorevole nei confronti del dipendente non è correlato alla segnalazione.

Per quanto riguarda i canali, vi è innanzitutto l'obbligo di rivolgersi al superiore gerarchico e solo in caso di sua inerzia è possibile portare il caso a conoscenza delle autorità pubbliche e degli ordini professionali competenti; se nemmeno questi organi si attivano è prevista la segnalazione pubblica, alla quale si può comunque fare ricorso in casi di particolare gravità. Per le imprese del settore bancario e finanziario la regolamentazione è più stringente, in quanto il *whistleblowing* può riguardare anche la violazione dei codici di condotta interni.

⁷⁶¹ Cfr. le linee guida pubblicate sul sito www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr.

Lo statuto del *lanceur d'alerte*, in ultima analisi, seppur con i limiti relativi all'oggetto della segnalazione e la graduazione dei soggetti ai quali può essere rivolta, istituisce un sistema di tutela generale prima inesistente ed è quindi da accogliersi con favore⁷⁶².

Come si vede in Francia il legislatore non si è limitato a stabilire un sistema di pene accessorie per la *private bribery*, ma negli ultimi anni ha rafforzato, seppur limitatamente alle imprese di maggiori dimensioni, la lotta alla corruzione e ai reati satelliti rendendo obbligatoria l'autoregolamentazione e prevedendo controlli da parte delle autorità preposte, in primis l'*Agence Nationale Anticorruption*.

7. Corruzione privata e impresa in Italia: il progressivo adeguamento del sistema agli obblighi eurounitari.

Nonostante la Decisione quadro prevedesse l'obbligo per gli Stati di introdurre forme di responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione privata (cfr. il paragrafo primo), il testo dell'art. 2635 c.c. originariamente adottato non prevedeva nulla in merito.

Parte della dottrina coeva⁷⁶³ rinvenne la ragione di ciò nel fatto che, poiché l'infedeltà a seguito di dazione o promessa prescriveva tra gli elementi costitutivi il documento, il legislatore aveva ritenuto in modo presuntivo che gli autori agissero sempre a proprio vantaggio.

Secondo questa corrente di pensiero, dunque, sarebbero mancati in radice i presupposti ai quali l'art.5 del dlgs. 231/2001 ricollega la responsabilità dell'ente, ovvero la commissione dei reati ivi nominati nell'interesse o a vantaggio dell'ente⁷⁶⁴.

⁷⁶² BARRIERE, *Les lanceurs d'alerte*, in *Revue des sociétés*, 2017, fasc. 4, p. 191 ss.

⁷⁶³ GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino 2004, p. 178.

⁷⁶⁴ In merito alla natura della responsabilità dell'ente si rimanda alle riflessioni di CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il dlgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2019, fasc. 4, p. 21 ss. Si sottolinea, in particolare (p.56 ss.) che trattasi di responsabilità derivata da quella della persona fisica, secondo un modello che richiama quello penalistico del concorso di persone. Mentre nel caso di illeciti commessi dagli apicali il fatto è espressione di un vero e proprio «programma d'impresa», per quelli dei subordinati la cattiva gestione dell'ente ha un ruolo di facilitazione; qualora invece l'identità dell'autore dell'illecito rimanga sconosciuta la persona giuridica diviene il solo «centro di imputazione» (in quest'ultimo caso, peraltro, l'anonimato della persona fisica può essere il frutto di una precisa scelta organizzativa dei vertici aziendali, in un sorta di «irresponsabilità organizzata»; cfr. CONSULICH. *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2018, fasc. 4, p. 197 ss.). Secondo altra dottrina, invece, l'inquadramento nel paradigma «concorsuale» presenta aspetti problematici, in quanto l'ente a rigore risponde non per la commissione del reato, ma per quella dell'illecito amministrativo da esso dipendente, per cui il presupposto della responsabilità della persona giuridica non è «una forma di concorso anomalo», ma la colpa di organizzazione (BASSI, D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, Milano, 2020, p. 11 ss.).

Era stato però fatto rilevare in modo condivisibile⁷⁶⁵ che tale esclusione, se poteva avere senso per quanto riguarda l'organizzazione di appartenenza del corrotto, il quale mette quasi sempre in atto una condotta foriera di danno per il proprio datore di lavoro, non altrettanto avrebbe potuto dirsi per l'ente di appartenenza del corruttore, dal momento che quest'ultimo agisce nell'interesse della persona giuridica. A questa riflessione può anche aggiungersi che il già menzionato art.5 esclude comunque la responsabilità dell'ente se i soggetti hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Nello stesso senso⁷⁶⁶ si sostenne che, nel momento in cui si prevedeva la punibilità per la persona fisica, non avrebbe avuto alcun senso escludere dalle sanzioni la persona giuridica, anche in considerazione del fatto che, qualora gli episodi di corruzione avessero per esempio riguardato beni amministrati dalla società per conto terzi, questa non avrebbe probabilmente subito alcun danno.

Se è vero che neppure il Progetto Mirone⁷⁶⁷ prevedeva la responsabilità per le persone giuridiche, è altrettanto vero che in quel momento mancava una disciplina con la quale confrontarsi, a differenza del 2002, quando essa era già entrata in vigore.

Nemmeno il fatto che secondo la dottrina maggioritaria⁷⁶⁸ l'art.2635 costituisce reato a concorso necessario poteva giustificare l'esclusione della persona giuridica, dal momento che sarebbe stato sufficiente fare riferimento all'ente dove è impiegato il corruttore⁷⁶⁹.

Risultava chiaro che si trattava di una palese violazione del diritto europeo, alla quale il legislatore cercò di porre rimedio con la legge comunitaria del 2008 che prevedeva, attraverso una modifica del Capo I Sezione III del dlgs.231, l'inserimento di una norma volta a sanzionare le persone giuridiche; si trattava, comprensibilmente, di una disposizione considerata in senso positivo dalla dottrina, dal momento che avrebbe costituito al contempo un deterrente nei confronti della commissione di fatti di *private bribery* e un incentivo per aggiornare i modelli organizzativi già predisposti⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ AMATI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2002, p. 433 ss.

⁷⁶⁶ GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca, Borsa, Tit. Credito*, 2003, p. 446 ss.

⁷⁶⁷ Cfr. Capitolo V par.2.

⁷⁶⁸ Si veda però la ricostruzione proposta nel capitolo precedente, dove al par. 10 si è argomentato nel senso che oggi l'art.2635 è fattispecie unilaterale.

⁷⁶⁹ LA ROSA, *Corruzione privata*, op. cit., p. 416.

⁷⁷⁰ PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l.25 febbraio 2008, n.34*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc.2, p. 780.

Queste considerazioni sono condivisibili, in considerazione del fatto che così la persona giuridica è incentivata ad adottare delle procedure di effettivo contrasto alla corruzione, anche in considerazione delle esenzioni dalla responsabilità previste nell'art.6, che prevede le condizioni al verificarsi delle quali l'ente non risponde, mancando la colpa di organizzazione.

La progettata riforma del 2008 non fu però approvata, con la conseguenza che soltanto nel 2012, a seguito delle sollecitazioni provenienti dall'OCSE e dalle istituzioni eurounitarie, vennero adottate delle modifiche in tal senso.

Il legislatore con la l.n.190/2012 modificò l'art.25 ter del dlgs. 231, nel quale trovano la *sedes materiae* i reati societari, introducendovi anche la “nuova” corruzione privata, limitatamente a quella attiva, sanzionata con una pena pecuniaria tra le duecento e le quattrocento quote.

Questo intervento avvenne nell'ottica di un contrasto unitario ai fenomeni corruttivi⁷⁷¹, dal momento che con la stessa legge fu modificato anche il precedente art.25 relativo ai reati contro la PA, per cui le persone giuridiche sono ora passibili di sanzioni per corruzione, concussione, induzione indebita, istigazione alla corruzione.

I soggetti dalla cui condotta può derivare la responsabilità dell'ente per la *private bribery* sono sia gli apicali sia coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza di altri soggetti. Riguardo a questi ultimi possono assumere rilevanza anche i collaboratori esterni, quali agenti o concessionari, qualora perdano almeno in parte la loro autonomia e si trovino di conseguenza ad impegnare l'ente in accordi corruttivi. Per quanto concerne invece coloro che rivestono una posizione direttiva, una opinione tende ad escludere che possano esservi inclusi i sindaci che, pur compresi nell'art.2635, non ricoprono ruoli di amministrazione attiva, e del resto non sono espressamente menzionati nell'art.25 ter; si ritiene infatti che essi non rientrino nel novero delle persone che esercitano il controllo ai sensi dell'art.5 del dlgs.231, da intendersi sempre con riferimento a un ruolo gestionale⁷⁷².

Vi sono invece maggiori incertezze per quanto riguarda i componenti del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e quelli del comitato interno per il controllo sulla gestione nel sistema monistico, dal momento che per una tesi sarebbe possibile individuare alcuni

⁷⁷¹ LAVACCHINI, *La responsabilità dell'ente per i delitti di corruzione*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di MANNA, Padova, 2018, p. 2782 ss.

⁷⁷² A. ROSSI, *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori. Tra persone fisiche e persone giuridiche*, in *Riv.trim.dir.pen.econ*, 2013, fasc.2, p. 299 ss.

loro compiti di amministrazione attiva, quali per esempio la deliberazione del bilancio e di piani strategici.

Nonostante queste modifiche, la disciplina non era ancora definita in modo congruente con gli obblighi europei, dal momento che la Commissione, nella procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia nel 2015⁷⁷³ aveva individuato fra le carenze la definizione troppo ristretta delle cariche la cui condotta poteva provocare la responsabilità dell'ente e la mancata previsione in caso di insufficiente sorveglianza; le sanzioni, inoltre, non erano sufficientemente dissuasive.

Con la riforma del 2017 il Governo, seguendo i criteri della delega ricevuta dal Parlamento, aumentò la sanzione pecuniaria per la corruzione tra privati (da quattrocento a seicento quote), introdusse quella per il nuovo reato di istigazione di cui all'art.2635 bis e per entrambe le fattispecie prevede la possibilità di comminare le sanzioni interdittive di cui all'art.9 comma 2 del dlgs.231 (interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze, concessioni, esclusioni da agevolazioni e contributi, divieto di pubblicizzare beni e servizi).

Significativamente, le fattispecie di corruzione privata sono le sole in ambito societario per le quali l'art.25 ter prevede delle sanzioni interdittive⁷⁷⁴, del resto richieste espressamente dalla Decisione quadro, mentre quelle pecuniarie risultano più gravi di quelle comminate in materia di corruzione pubblica, con una scarsa coerenza interna, dal momento che il codice penale commina pene edittali molto più elevate per quest'ultima; non si prevede nemmeno, a differenza della disciplina dettata dall'art.2635 per le persone fisiche, un trattamento più severo qualora i fatti siano commessi in seno alle società quotate o con titoli diffusi tra il pubblico in misura rilevante.

Risulta anche ampliato il novero delle persone giuridiche passibili di responsabilità amministrativa, dal momento che l'art.2635 fa adesso riferimento non solo alle società, ma anche agli enti privati.

Riguardo alle modifiche del 2017 la dottrina ha espresso opinioni contrastanti.

⁷⁷³ Cfr. Capitolo V par.6.

⁷⁷⁴ BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità da reato degli enti*, vol.I, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Lavis, 2020, p. 479, ha rilevato che se le sanzioni interdittive per gli enti rappresentano un pregio, d'altra parte non è ragionevole non prevederle anche per gli altri reati societari.

Secondo una prima tesi⁷⁷⁵, il fatto che, nonostante l'espunzione dall'art.2635 del requisito del documento, l'art.25 ter resti fermo nel sanzionare la sola corruzione attiva, mostra l'intenzione del legislatore di muoversi all'interno di un modello lealistico e quindi privatistico, che trova rispondenza anche nel trattamento sanzionatorio previsto per le persone fisiche, dove non è prevista la punibilità della corruzione passiva dell'imprenditore. Allo stesso tempo, però, dal momento che la punibilità per l'ente dove lavora il corruttore non dipende dal danno eventualmente riportato dall'ente dove lavora il corrotto, la prospettiva è anche pubblicistica, dal momento che è rivolta alla tutela di beni sovraindividuali.

Vi sarebbe stato, in sostanza, ancora una volta una trasposizione incompleta della Decisione quadro, dal momento che l'art.6, portante gli obblighi sanzionatori nei confronti delle persone giuridiche, richiama allo stesso tempo la corruzione attiva e quella passiva.

Ancora più netti sono i rilievi per cui l'aver escluso la corruzione passiva significa non avere dato piena attuazione ad un modello pubblicistico, che dovrebbe privilegiare la tutela della concorrenza, cosa ancora più incomprensibile se si considera che oggi la fattispecie non è più di danno, ma di mera condotta. Per quanto concerne invece le sanzioni accessorie, pur articolate, viene rimarcato il fatto che il legislatore non ha dato seguito all'obbligo eurounitario di prevedere la sorveglianza giudiziaria e i provvedimenti di liquidazione⁷⁷⁶.

Secondo altro orientamento⁷⁷⁷, invece, le critiche espresse dalla dottrina richiamata sono eccessive, dal momento che la Decisione quadro prescriverebbe solo di sanzionare gli enti per la corruzione attiva. Si tratta, com'è evidente, di una lettura differente da quella data dall'opposto orientamento e in questo senso mancano ancora certezze definitive; come si è visto, comunque, anche la legislazione francese prevede sanzioni per la sola corruzione attiva, come pure quella britannica (cfr.*infra*).

Risulta tuttavia chiaro, come sottolineato più volte nel presente lavoro, che in alcune circostanze anche l'ente che "subisce" un fatto di corruzione ne trae in realtà un vantaggio, come per esempio nei casi di una società di certificazione compiacente verso i dipendenti

⁷⁷⁵ SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir.pen.eproc*, 2017, fasc.6, p. 727.

⁷⁷⁶ RUGANI, *Riforma della "corruzione tra privati" (dlg.n.38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc.12, p. 4663.

⁷⁷⁷ LA ROSA, *Corruzione privata, op. cit.*, p. 417 ss.

che percepiscono tangenti allo scopo di fidelizzare la clientela, o di consulenti o membri di un'associazione professionale che vendono la loro funzione.

In questi casi può essere ritenuta condivisibile la tesi per la quale⁷⁷⁸, laddove il fatto sia realizzato anche a vantaggio dell'ente del corrotto, non avrebbe dovuto escludersi la punibilità di quest'ultimo; in sostanza il criterio di imputazione corretto non sarebbe quello legato al lato attivo o passivo del fenomeno corruttivo, bensì al vantaggio ottenuto come, del resto, già espressamente codificato dall'art.5 del dlgs.231.

Il legislatore delegato del 2017, peraltro, avrebbe anche potuto adottare un più ampio criterio di attribuzione della responsabilità, dal momento che la legge delega prevedeva unicamente “la responsabilità delle persone giuridiche in relazione al reato di corruzione tra privati...”, senza specificare le condotte da sanzionare.

Occorre rilevare che fino alla riforma del 2019 la responsabilità degli enti in relazione alla fattispecie in commento era di fatto sterilizzata in gran parte dalla procedibilità a querela, tranne nel caso in cui vi fosse una distorsione della concorrenza.

Con l'ultima novella, che ha stabilito la perseguibilità d'ufficio in ogni caso, si aprono almeno in teoria nuovi spazi anche per la punibilità delle persone giuridiche.

Pertanto, la previsione che limita le sanzioni alla sola corruzione attiva è espressione «di un modello patrimonialistico ormai superato»⁷⁷⁹.

Secondo il contributo in commento, mentre è auspicabile che il legislatore si attivi per apportare modifiche in tal senso, l'ente dovrebbe d'altra parte, per quanto di sua competenza, dotarsi di un modello organizzativo aggiornato ed efficace, che preveda anche procedure volte ad evitare la corruzione intraorganizzativa. Questo fenomeno, come spiegato nel primo capitolo⁷⁸⁰, attiene a quei fatti di *private bribery* nei quali il corrotto e il corruttore appartengono allo stesso ente; secondo la tesi accolta nel presente lavoro, però, *de iure condito* essa non costituisce reato e pertanto non può dare luogo a sanzioni ai sensi del dlgs. 231, ferma restando comunque l'opportunità di contrastarla.

Se è vero che oggi la persona giuridica può essere ritenuta responsabile solo per la corruzione privata attiva, con le conseguenti difficoltà che ne derivano in merito alla

⁷⁷⁸ BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?* In *Dir.pen. e proc.* 2017, fasc. 1, p. 10.

⁷⁷⁹ VENTULLO, *L'inizio dei giochi*, op. cit., p. 69 ss.

⁷⁸⁰ Cfr, par. 7.

necessità di controllare anche l'operato dei dipendenti di livello inferiore rispetto al *top management*, nondimeno non deve trascurarsi la necessità di prevenire anche la corruzione passiva.

Benché infatti oggi essa non sia punibile, nemmeno se l'ente ne ritrae vantaggio, a prescindere dagli aspetti etici, la persona giuridica potrebbe essere perseguita per reati “satelliti” previsti dal dlgs.231, per esempio l'autoriciclaggio, eventualità possibile anche nel caso in cui il reato presupposto non sia previsto dal decreto tra quelli fondanti la responsabilità dell'ente.

8. Corruzione e impresa in Gran Bretagna. La Sezione 7 del *Bribery Act*...

Il *Bribery Act* del 2010, esaminato nel terzo capitolo in relazione agli aspetti che maggiormente interessano la corruzione privata, prevede alla Sezione 7 la codificazione della responsabilità della persona giuridica: *failure of commercial organization to prevent bribery*.

Inizialmente la *Law Commission* non era in realtà intenzionata ad estendere l'applicazione della legge agli enti, ma nel corso dei lavori si rese conto che questa limitazione sarebbe stata illogica, dal momento che la maggior parte dei fatti di corruzione avvengono proprio all'interno dell'impresa⁷⁸¹.

La responsabilità dell'ente nel diritto britannico, ovvero la *vicarious liability*, consiste nell'imputazione all'impresa di un atto commesso da un soggetto impiegato o autorizzato (il dipendente).

Una dei maggiori problemi in questo settore, benché la legge stabilisca che l'ente debba essere considerato al pari di una persona fisica, risiede nell'applicazione del tradizionale principio di identificazione⁷⁸², in forma del quale sarebbe necessario verificare che il fatto sia stato commesso da una *directing mind and will*: seguendo questa dottrina, elaborata per la prima volta dalla House of Lords nel 1972, si dovrebbe in sostanza dimostrare il diretto coinvolgimento del *management* nel fatto di corruzione.

Nel 2010 la *Law Commission* aveva però criticato la dottrina dell'identificazione, mostrando i suoi limiti. Essa tendeva infatti ad attribuire all'ente lo stato della coscienza dei soggetti apicali, mentre è noto che in quelli di dimensioni maggiori le decisioni, anche quelle importanti, vengono decentralizzate; al contrario è molto più probabile che nelle imprese più

⁷⁸¹ MONTHEIT, *The Bribery Act 2010: enforcement*, in *Criminal Law Review*, 2011, fasc. 2, p. 111 ss.

⁷⁸² In merito al principio di identificazione cfr. per esempio DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in *La responsabilità da reato degli enti*, vol.I, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Lavis, 2020, p. 6 ss.

piccole il *management* assuma un ruolo tale per cui le condotte della persona giuridica possono effettivamente identificarsi con quelle della persona fisica⁷⁸³.

Per queste ragioni il modello di responsabilità che oggi si preferisce accogliere è quello della *strict liability*, che nel caso della corruzione è fondato sul fatto che l'organizzazione non è stata in grado (*failure*) di impedire un fatto di corruzione, limitatamente però a quella attiva⁷⁸⁴.

Per altra tesi⁷⁸⁵, invece, nonostante la teoria dell'identificazione si riveli problematica per le organizzazioni all'interno delle quali vi è una suddivisione funzionale e geografica, essa continua ad essere accolta nel *Bribery Act*, per cui è necessario che venga provata l'intenzione del corpo direttivo dell'organizzazione, affinché quest'ultima venga considerata responsabile insieme alla persona fisica.

La Sezione 7 si applica nel caso in cui i reati di cui alle prime sei Sezioni siano commessi, indipendentemente dal fatto che la persona fisica venga o meno perseguita, da una *associated person* di una *relevant commercial organization*, in qualunque modo formata, sempre che la condotta sia stata posta in essere a favore dell'organizzazione, per fare in modo che essa ottenga o mantenga un affare o comunque ne ricavi un vantaggio.

Nel concetto di *relevant commercial organization* sono compresi le *partnerships* e gli *incorporated bodies* soggetti alla legge britannica, nonché le organizzazioni estere che svolgono anche solo una parte delle attività nel Regno Unito.

L'aspetto essenziale è che l'ente svolga un'attività dimostrabile sul suolo britannico e che abbia le caratteristiche del *business*, anche se questo aspetto non è stato definito né dalla legge né dalle linee guida, cosicché devono essere i tribunali a determinare caso per caso se il requisito sussiste.

Naturalmente deve esserci il pagamento di una tangente da parte di una *associated person* e l'organizzazione può essere perseguita anche se non è possibile identificare o processare la persona fisica, eventualità probabili nel caso in cui quest'ultima risieda all'estero.

Riguardo all'*associated person*, se in molti casi si tratta appunto di una persona fisica (*employee, agent, subsidiary*) non può nemmeno escludersi che sia una persona giuridica,

⁷⁸³ HERRING, *Criminal Law*, Oxford, 2020, p. 768 ss.

⁷⁸⁴ MONTY, *Bribery*, Oxford, 2016, p. 62-63.

⁷⁸⁵ YEOH, *Bribery Act 2010: implications for regulated firms*, in *Journal of financial regulation and compliance*, /2012, fasc.3, p. 264 ss. Questi aspetti, con riferimento anche alla difficoltà di attribuire ai soggetti non apicali la volontà dell'ente, è stata espressa anche da MUKWIN, *British Law on corporate bribery*, in *Journal of financial crime*, 2015, fasc. 22, p. 17 ss.

ossia un *incorporated or unincorporated body*. La definizione (cfr. la successiva Sezione 8) è volutamente ampia, per far sì che nel campo di applicazione della Sezione 7 ricadano i fatti commessi da tutti i soggetti legati ad una organizzazione che potrebbero pagare una tangente nel suo interesse⁷⁸⁶. Fermo restando il fatto che *l'associated person* non deve necessariamente essere un dipendente, qualora lo sia si presume che la sua attività, quindi anche il pagamento della tangente, venga svolta in nome dell'organizzazione

Mentre nei casi più semplici si riesce con facilità a comprendere se un soggetto riveste o meno la qualifica di *associated person*, nelle strutture caratterizzate da catene più complesse è necessaria una valutazione casistica.

Se per esempio vengono pagate delle tangenti per far sì che i membri di una *joint venture* ne traggano beneficio è possibile stabilire la responsabilità della persona giuridica, specialmente nel caso in cui i membri della *joint venture* hanno uno stretto controllo sulle operazioni.

In linea di massima può sostenersi che i dipendenti o gli agenti hanno agito a nome dell'ente nel caso in cui questo ne ricavi un vantaggio diretto, mentre qualora il vantaggio sia soltanto indiretto risulta molto difficile che la condotta della persona fisica implichi la responsabilità di quella giuridica, a meno che non vi sia la prova dell'intenzione di favorirla⁷⁸⁷.

Le sanzioni consistono nell'esclusione dall'aggiudicazione dei contratti pubblici (*debarment*) e nella pena pecuniaria (*fine*). L'ammontare di quest'ultima, in base alle *Guidelines* pubblicate dal *Sentencing Council*, dipende dal grado di colpevolezza e dal danno cagionato; il modo più appropriato per determinarlo è calcolare il guadagno ottenuto dall'impresa grazie alla tangente e, qualora ciò non sia possibile, si può assumere come riferimento il dieci o venti per cento del fatturato conseguito a livello globale nel settore interessato dalla corruzione. Viene anche chiarito che la multa deve avere un carattere dissuasivo, in modo da indurre il management ad operare per il futuro in modo conforme alla legge; è persino possibile, ed è considerata al limite una conseguenza accettabile, che la sanzione abbia un impatto tale da espellere l'impresa dal mercato.

Per comprendere l'estensione della responsabilità delle imprese ai sensi del *Bribery Act* si è fatto l'esempio⁷⁸⁸ di una compagnia francese con un ufficio di rappresentanza a Londra con sole tre persone impiegate a tempo parziale che trattano affari con Paesi africani. Se la

⁷⁸⁶ MONTY, *op.cit.*, p. 64 ss.

⁷⁸⁷ YEOH, *Bribery Act, op. cit.*, p. 270.

⁷⁸⁸ GENTLE, *The Bribery Act 2010: the corporate offence*, in *Criminal Law Review*, 2011, fasc.2, p. 101 ss.

compagnia francese ha un'impresa sussidiaria in Kazakistan che paga una tangente, potrebbe essere considerata soggetta alla legge britannica proprio a causa dell'ufficio presente a Londra, che però non ha rapporti con la sussidiaria in Kazakistan e nonostante manchi uno stretto legame col Regno Unito.

In base a quanto detto risulta chiaro un aspetto sottolineato a suo tempo nel capitolo terzo, ovvero il respiro sovranazionale del *Bribery Act*⁷⁸⁹, che rende punibili condotte caratterizzate da una connessione, anche debole, col Regno Unito: da qui le accuse di «imperialismo morale» mosse da una parte della dottrina⁷⁹⁰. In ogni caso, come è stato rilevato⁷⁹¹, il cambiamento di prospettiva per le imprese rispetto alla precedente legislazione risulta evidente e ha una duplice implicazione. Innanzitutto, le compagnie britanniche che operano all'estero commettono un'offesa ai sensi della Sezione 7 se una *associated person* corrompe qualcuno all'estero; secondariamente le compagnie legate al Regno Unito in quanto “incorporate” commettono un reato se pagano una tangente all'estero.

Va detto che però la responsabilità non è automatica, essendo richiesto un interesse pubblico per iniziare un'azione penale, per cui difficilmente in caso di lieve connessione con la Gran Bretagna vi sarebbe un rischio di pena.

In ogni caso le imprese, per evitare di essere ritenute responsabili per corruzione, devono porre in essere delle “*adequate procedures*”, in sostanza un *compliance program*. anche se nel corso del dibattito parlamentare era stata in realtà proposta una definizione meno stringente, facendo riferimento a misure “*reasonable in all the circumstances*”, che avrebbe però consentito alle imprese un più facile esonero da responsabilità.

Per supportare le organizzazioni commerciali, e questa costituisce una peculiarità dell'ordinamento britannico, il Governo nelle Guidelines relative al *Bribery Act*⁷⁹² ha enunciato sei *guiding principles* utili per la costruzione di un efficace *compliance program*: questa costituisce in effetti una peculiarità dell'ordinamento britannico ed è un supporto per le organizzazioni commerciali.

Si riassumono di seguito brevemente i principi:

- Procedure proporzionate ai rischi, alla complessità e alla grandezza dell'organizzazione; esse devono essere chiare, di carattere pratico ed effettivamente messe in atto.

⁷⁸⁹ Cfr. par.2.3.

⁷⁹⁰ BEAN, MAC GUIDWIN, *Unscrewing the inscrutable*, in *Indiana Comparative Law Review*, 2013, fasc.1, p.78

⁷⁹¹ MUKWIN, *British Law*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁹² Le linee guida sono consultabili sul sito www.justice.gov.uk

- Impegno del *top management*, chiamato ad adoperarsi per prevenire fatti di corruzione commessi dalle *associated persons* e promuovere una cultura d'impresa che scoraggi le tangenti.
- Valutazione del rischio di corruzione, che deve essere documentata e rivista periodicamente.
- *Due diligence* nel valutare i rapporti con soggetti che prestano servizi per l'impresa e che quindi ai sensi della legge vengono considerate *associated persons*.
- Comunicazione: è essenziale che l'impresa promuova la conoscenza delle politiche di prevenzione messe in atto all'interno e all'esterno.
- Monitoraggio: le imprese devono periodicamente rivedere le procedure messe in atto e apportare i miglioramenti necessari.

Solo i *compliance programs* che rispettano questi principi costituiscono una *defence* per l'impresa, con la conseguenza che in tal modo si potrà evitare la pena pecuniaria. Se è vero che il loro rispetto potrebbe risultare problematico per le organizzazioni di piccole dimensioni, non deve trascurarsi il fatto che, almeno per loro, risulta pienamente giustificato il tradizionale principio di identificazione (cfr. sopra), per cui con ogni probabilità gli episodi di corruzione al loro interno vengono commessi, o perlomeno avallati, dal *top management*.

Come detto, però, un procedimento per corruzione viene attivato solo in presenza di un interesse pubblico e a tal proposito la dottrina⁷⁹³ ha enucleato ulteriori principi rispetto a quello del tutto scontato della serietà dell'offesa.

A favore dell'azione militano la precedente commissione di simili condotte o comunque di altri seri episodi criminosi, il fatto che la corruzione costituisca una vera e propria politica d'impresa, l'inefficacia del *compliance program* messo in atto, la scarsa collaborazione prestata per fare emergere il fatto.

Al contrario sono elementi favorevoli il carattere episodico della corruzione, il suo essere risalente nel tempo, l'esistenza di un *compliance program* effettivo, la presenza di rimedi civilistici adeguati, il fatto che le conseguenze della sanzione potrebbero essere sproporzionate rispetto alla consistenza dell'accaduto, la piena cooperazione dell'impresa e l'impegno a risarcire le vittime.

In ogni caso anche la commissione di una grave corruzione e l'avvio di un procedimento non implicano necessariamente una condanna formale, dal momento che è possibile che

⁷⁹³ MONTEITH, *The Bribery Act, cit.*, p. 116-117.

l'ente concluda con l'accusa un *deferred prosecution agreement* (DPA), di cui si tratterò nel prossimo paragrafo.

8.1. ...E i *deferred prosecution agreements*. Il *whistleblowing*.

I *deferred prosecution agreements*, nati nell'ordinamento statunitense all'inizio del '900 per le persone fisiche, sono stati introdotti in Gran Bretagna nel 2013 dal *Crime and Court Act* e si applicano alle sole persone giuridiche.

Essi costituiscono un elemento di flessibilità del sistema, dal momento che consentono di instaurare un procedimento alternativo a quello penale nei confronti di un ente indagato per uno dei reati previsti, compresa la corruzione, nonché per i reati strumentali a quelli nominati⁷⁹⁴.

Elementi di flessibilità in relazione alla corruzione privata, peraltro, esistono seppur in forme diverse anche in Francia (cfr. sopra) e anche in Italia ai sensi dell'art.63 de dlgs. 231, che consente il "patteggiamento" anche per gli enti; i DPAs, però, contengono elementi di maggiore complessità.

Per l'ammissione a un DPA è innanzitutto necessario che la Procura rinvenga perlomeno il *fumus* in relazione alla commissione di un delitto e giudichi l'accordo nell'interesse pubblico, in alternativa all'archiviazione del procedimento o al processo penale vero e proprio.

Può iniziare così, tramite uno scambio di lettere con l'impresa indiziata, un vero e proprio negoziato suscettibile di concludersi con un accordo, che peraltro non prevede un'ammissione di colpevolezza. Il contenuto dell'accordo comporta uno o più dei seguenti impegni per l'ente: il pagamento di una sanzione pecuniaria, il risarcimento del danno, il versamento di somme a enti di beneficenza, la restituzione dei profitti illeciti, la messa in atto di un *compliance program*, la cooperazione nelle indagini e il pagamento delle spese del procedimento. Le notizie ottenute nel corso delle trattative non potranno essere utilizzate per altri procedimenti, tranne nel caso di informazioni inesatte o reticenti.

Per essere validamente concluso, il DPA deve passare al vaglio della Corte competente, che può solo approvarlo o respingerlo, ma non modificarlo⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione negoziata per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind.pen.*, 2013, fasc.2, p. 737 ss.

⁷⁹⁵ DEI CAS, *Un'ulteriore arma per combattere la criminalità d'impresa? I deferred prosecution agreements nell'ordinamento inglese*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, n.1/2022, pp.183ss; MONTY, *Bribery*, *op. cit.*, p. 160 ss.

Nel valutare l'ammissibilità dell'accordo le Corti prendono in considerazione la gravità del fatto e l'adeguatezza delle sanzioni, in rapporto anche alle conseguenze per l'ente e per i suoi dipendenti, l'impegno a risarcire le vittime, gli eventuali ostacoli che un ammontare eccessivo può comportare in rapporto alla messa in opera di un programma di prevenzione.

Si tiene anche conto delle pene pecuniarie che sarebbero irrogate all'estero per gli stessi fatti, in modo da evitare il fenomeno del *forum shopping* per le imprese che operano in un contesto transnazionale⁷⁹⁶.

In caso di inadempimento la Corte può sollecitare la rinegoziazione dell'accordo o risolverlo, con conseguente apertura di un procedimento penale.

Per le imprese la conclusione di un DPA può rivelarsi vantaggiosa, in quanto si evita il *debarment* dai contratti pubblici, il procedimento è più breve e si riduce lo *strepitus fori*, anche se l'accordo viene poi reso pubblico, a differenza di quanto accade negli USA.

In ogni caso vi sono, come sottolineato dalla dottrina⁷⁹⁷, alcune criticità.

Innanzitutto i *managers* possono sfruttare lo strumento in modo utilitaristico per sfuggire alle responsabilità individuali; poi non vi è alcuna garanzia che uno spontaneo *self reporting* da parte dell'impresa conduca a un DPA piuttosto che all'esercizio dell'azione penale; vi è infine l'eventualità che quanto svelato nel corso del negoziato venga poi utilizzato dalle autorità di altri Stati per avviare analoghi procedimenti (*multiple jurisdictions*).

Occorre anche rilevare che la conclusione di un DPA può rivelarsi utile come rimedio strutturale per prevenire ulteriori fatti di corruzione, soprattutto qualora venga prevista l'adozione di un serio *compliance program*, che potrebbe anche comprendere la nomina di un apposito organo di monitoraggio per la sua applicazione.

Nonostante ciò si è rilevato⁷⁹⁸ che spesso i programmi oggetto dei DPAs sono meno rigorosi di quelli che possono costituire un'esimente in relazione alla Sezione 7 del *Bribery Act* (cfr. sopra), col rischio di una loro applicazione soltanto formale.

In ogni caso non deve trascurarsi l'impatto che i DPAs possono avere in merito alla deterrenza per il futuro e allo sviluppo di una cultura di prevenzione della corruzione, se l'impresa che li conclude procede poi ad applicarli in modo serio.

Per completare la disamina occorre inoltre accennare alla tematica del *whistleblowing*, dal momento che la denuncia di un illecito può riguardare anche la corruzione.

⁷⁹⁶ ESOSA OSEMWENGIE, *Financial Crime Update*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, June 2021.

⁷⁹⁷ QINGXIU, *The viability of deferred prosecution agreements (DPAs) in the UK: the impact on global anti-bribery compliance*, in *European business organization Law Review*, 2 february 2021, p. 173 ss.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, p. 194-195.

Le prime tutele per il segnalante furono introdotte per la prima volta dal *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) nel 1998 e si applicano ai settori pubblico e privato compreso il terzo settore; a ricevere protezione sono non soltanto i dipendenti, ma anche i tirocinanti e i collaboratori.

La denuncia deve essere “qualificata”, circostanza che ricorre nei casi in cui il soggetto crede ragionevolmente che il fatto sia vero e che sia stato commesso o stia per essere commesso un reato o un grave fatto illecito o vi sia una condotta tale da pregiudicare l'ambiente o la salute delle persone o che le informazioni relative a quanto precede vengano tenute nascoste.

La denuncia deve essere fatta innanzitutto al datore di lavoro, ma se vi è ragione di ritenere che a questa seguirebbe una ritorsione o che gli elementi rivelati verrebbero nascosti o distrutti ovvero una precedente denuncia è già stata fatta senza esito, si applica la *wide disclosure*, rivolta alle pubbliche autorità o ai mezzi di comunicazione.

A differenza del sistema statunitense il denunciante non può ricevere una ricompensa in denaro; in Gran Bretagna questa possibilità è stata esaminata nel 2013, ma si è deciso di non introdurla per evitare che vi fossero denunce false o motivate dall'aspetto economico; di conseguenza la tutela del *whistleblower* continua a risiedere nella protezione contro gli atti ritorsivi del datore di lavoro e nel risarcimento del danno sofferto⁷⁹⁹.

Nel 2013 il PIDA è stato in parte riformato: è stata richiesta la presenza del *public interest*, da valutarsi tuttavia caso per caso in quanto non è definito, è stato espunto il requisito della buona fede del denunciante e la responsabilità del datore di lavoro è stata estesa anche ai casi in cui il denunciante abbia subito un pregiudizio da un collega a seguito della rivelazione.

Nonostante il Regno Unito non faccia più parte dell'UE e non sia quindi tenuto a trasporre la direttiva sul *whistleblowing*, il Governo si è recentemente impegnato a riformare l'istituto.

La dottrina⁸⁰⁰ ha infatti messo in evidenza i punti di debolezza dell'attuale legislazione: la mancanza di misure di protezione preventive (*pre retaliation protection*), il fatto che il datore di lavoro ha un vantaggio ingiustificato nel motivare il licenziamento del denunciante, perché può fare riferimento anche alle sue condotte precedenti, la lentezza degli *Employment Tribunals* nell'affrontare le denunce di ritorsione, alcune incertezze nei termini usati dalla

⁷⁹⁹ MONTY, *Bribery*, *op. cit.*, p. 126 ss.

⁸⁰⁰ NWOHA, *Whistleblower protection in the UK: a case for reform*, in *Business law review*, 2021, fasc.5, pp.240ss.

legge (per esempio i significati di “*detriment*” e di “*exceptionally serious failure*”), l’assenza dell’obbligo di porre in essere meccanismi per attuare le procedure del PIDA, con conseguenti differenze fra i vari settori, e infine l’abuso dei *non disclosure agreements*, coi quali i dipendenti assumono obblighi di segretezza nei confronti del datore di lavoro.

9. Riflessioni conclusive: è opportuno un approccio multilivello.

Tirando le fila di quanto fin qui esposto possono trarsi alcune conclusioni.

Innanzitutto, per contrastare la corruzione privata non è sufficiente apprestare un apparato sanzionatorio per le sole persone fisiche.

Ad eccezione delle fattispecie delle quali si è discusso nel secondo capitolo, definite da “mandato puro”⁸⁰¹ e che non attengono all’esercizio professionale di un’attività economica (corruzione del mandatario incaricato di compiere atti giuridici), questo fenomeno è infatti indissolubilmente legato alla realtà dell’impresa per due motivi.

Innanzitutto nasce al suo interno, dal momento che entrambi i soggetti coinvolti, il corrotto e il corruttore, agiscono in ambito commerciale; per di più, se si adotta una prospettiva di stampo pubblicistico o che perlomeno considera la fattispecie plurioffensiva, nel senso che lede interessi al contempo pubblici e privati, risulta chiaro che ad essere danneggiati non sono solo gli interessi del datore di lavoro del corrotto, ma anche la stessa libertà d’impresa.

Quest’ultima, per essere effettiva, postula l’esistenza di un mercato i cui meccanismi non vengano falsati dal pagamento di tangenti; la corruzione seriale, infatti, oltre ai soggetti interessati ad una determinata operazione, danneggia la tenuta del sistema e anche le posizioni, di diritto o di mero fatto, dei consumatori e degli *stakeholders*, ai quali più volte si è fatto riferimento.

Proprio per queste ragioni sarebbe illusorio limitare il trattamento sanzionatorio alle persone fisiche senza prevedere la responsabilità degli enti.

La stessa Decisione quadro, nella consapevolezza di questo, ha stabilito l’obbligo di sanzionare le organizzazioni commerciali con pene ulteriori a quella pecuniaria; resta però il nodo legato all’estensione di tale obbligo, se cioè è possibile limitarsi a prevedere il caso della corruzione attiva oppure se si dovrebbero estendere le previsioni anche al caso di corruzione passiva, qualora l’ente dove lavora il corrotto ne tragga vantaggio.

⁸⁰¹ Cfr. par.7.2.

Il diritto europeo sul punto non è chiaro, ma l'interpretazione che sembra essere invalsa è restrittiva, nel senso che risulta accettabile la sola tipizzazione della corruzione attiva della persona giuridica, anche se ciò costituisce un limite.

La rilevanza degli interessi coinvolti, come spiegato, giustifica pienamente l'intervento penale, non sostituibile dagli strumenti offerti dal diritto civile e amministrativo, che possono però, soprattutto il primo, svolgere comunque una funzione in chiave sanzionatoria e deterrente.

Non può infine trascurarsi l'importanza di alimentare all'interno dell'impresa una cultura ispirata al rispetto della legge, incoraggiata come si è visto dalle tutele che gli ordinamenti degli stati dell'UE devono apprestare a favore del *whistleblower*.

Mentre i codici etici hanno un valore prevalentemente simbolico, dal momento che la violazione dei principi ivi enunciati è sprovvista di sanzioni diverse da quelle di carattere morale, natura diversa hanno invece i *compliance programs*.

Questi ultimi, infatti, non si limitano ad enunciare dei meri precetti, ma la loro violazione comporta conseguenze per i trasgressori.

Per di più, l'adozione di un effettivo programma di prevenzione può essere considerata una circostanza attenuante o esimente per l'ente, in alcuni casi anche *ex post*: in tal modo non soltanto l'organizzazione viene incentivata a dotarsi di strumenti anticorruzione, ma è anche possibile orientare l'agire delle persone fisiche in senso conforme alla legge.

Conclusioni all'esito del lavoro svolto

Si possono a questo punto trarre le conclusioni sui temi della ricerca, sviluppati come si è visto attraverso un approccio comparatistico.

Innanzitutto⁸⁰², per definire la nozione di corruzione privata è stato necessario discendere fino alle radici della corruzione, partendo dalla constatazione per la quale alla base di essa c'è il patto fra due soggetti, avente ad oggetto il mercanteggiamento di una funzione pubblica o privata, che in passato veniva comunemente denominato "baratto".

Si è poi chiarito che l'ulteriore presupposto è la presenza di una relazione di "agenzia", da intendersi nel senso che il corrotto (l'agente) deve essere investito della cura degli interessi di un altro soggetto, il "principale", in forza di un qualsivoglia titolo giuridico.

Le caratteristiche essenziali del fenomeno corruttivo sono pertanto la violazione di un dovere o di un obbligo relativo alla posizione occupata dal soggetto corrotto e l'aspettativa di ottenere un beneficio quale contropartita: dunque, un conflitto di interessi prezzolato o qualificato dalla promessa o dalla dazione di un'utilità non dovuta.

Questo vale non solo a prescindere dal fatto che si verta in materia di corruzione pubblica o privata, ma anche dalla disciplina che ciascun ordinamento appresta allo scopo di reprimere il pagamento delle tangenti. Può infatti parlarsi di corruzione propria, impropria, antecedente, susseguente, istigazione alla corruzione, corruzione quale fattispecie unilaterale o bilaterale, a seconda delle scelte fatte dai vari Stati, ma, quale che sia il modello prescelto, non sembra potersi prescindere dalla circostanza che il corrotto debba essere titolare di un rapporto di agenzia, come sopra definito.

Fatte queste premesse può sostenersi l'utilità di apprestare una disciplina di contrasto alla corruzione tra privati.

Si tratta, come si è visto, di un fenomeno suscettibile di pregiudicare diversi interessi: quelli del datore di lavoro del corrotto, dei consumatori, degli azionisti delle società coinvolte e in ultima analisi il corretto funzionamento del mercato, affermazione che può essere facilmente compresa nel momento in cui si considerano gli effetti che la ripetizione seriale di tali condotte può comportare.

⁸⁰² Cfr. cap. I par. 2 e 3.

Sarebbe infatti errato valutare il solo danno, spesso di trascurabile entità, determinato dalla singola tangente, magari corrisposta sotto forma di regalia in modo quasi tacito nel contesto di rapporti consolidati, dove è molto difficile identificare in modo preciso il concorrente che è stato pregiudicato.

Nel momento in cui la prospettiva dell'indagine si amplia, considerando gli effetti sul complessivo sistema economico, risulta chiaro che la reiterazione dei pagamenti illeciti, in una sorta di "effetto accumulo", può alla lunga distorcere i corretti meccanismi concorrenziali, per i quali l'allocazione delle risorse non dovrebbe essere influenzata dal pagamento di tangenti.

Questa considerazione, peraltro, non inficia la libertà di scelta del singolo imprenditore, che in linea di principio ha il diritto di contrarre con chi vuole al prezzo che ritiene opportuno: nessuno degli ordinamenti oggetto di disamina, infatti, sanziona la corruzione passiva dell'imprenditore, limitandosi a prevedere quella attiva. Tale scelta, oltre ad essere coerente con quanto appena detto, rispetta anche gli obblighi eurounitari, che non la prevedono, anche se a rigore neppure la proibiscono. Nel capitolo quarto⁸⁰³ sono state esposte le ragioni per cui l'incriminazione della corruzione passiva del datore di lavoro non è desiderabile: in estrema sintesi in questa sede si sottolinea che ciò potrebbe comportare l'attribuzione di un rilievo penale a condotte che, a ben vedere, costituiscono dei semplici inadempimenti contrattuali.

Non sembrano pertanto doversi accogliere quelle tesi volte ad estendere a dismisura la criminalizzazione della corruzione privata: l'unica codificazione orientata in tal senso è il Progetto Eurodelitti⁸⁰⁴, proposta di origine accademica che finora non ha trovato applicazione.

Neppure può accedersi all'idea per cui potrebbe sanzionarsi una corruzione privata di natura intraorganizzativa⁸⁰⁵, dove cioè il corrotto e il corruttore appartengono alla medesima organizzazione.

Allo stato dell'arte, il presupposto di una norma sanzionatoria contro la *private bribery* è che i soggetti coinvolti, il corrotto e il corruttore, appartengano necessariamente a due diverse entità; il malaffare a livello intraorganizzativo potrà invece essere affrontato con gli

⁸⁰³ Cfr. par. 7.

⁸⁰⁴ Cfr. cap I par. 8.

⁸⁰⁵ Cfr. cap I par. 7

strumenti civilistici ed eventualmente ricadere sotto altre fattispecie di reato la cui ricorrenza deve essere verificata di volta in volta.

Delineati i confini della corruzione tra privati, è stato possibile rispondere positivamente al problema relativo alla necessità del diritto penale per reprimerla.

È infatti risultato chiaro che molto spesso le imprese non hanno interesse ad avvalersi dei più tradizionali strumenti giuslavoristici per molteplici ragioni.

Innanzitutto ciò potrebbe comportare un danno d'immagine a causa dello *strepitus fori* derivante da un procedimento giudiziario, per cui si tende spesso a risolvere il caso attraverso silenziose dimissioni; in tal modo, però, il fatto non emerge e non si creano i presupposti per l'adozione di una efficace politica di prevenzione.

D'altra parte spesso la stessa impresa dove lavora il corrotto non intende porre in essere efficaci politiche di controllo a causa dei conseguenti costi. Ciò è ancor più comprensibile se si considera il fatto che oggi le organizzazioni si avvalgono di collaboratori e professionisti esterni che dispongono di un margine di autonomia più ampio dei subordinati, per cui la vigilanza sul loro operato è ancora più difficile, mentre addirittura nel caso delle *cd. public companies* ad azionariato diffuso gli azionisti non hanno modo di vigilare sull'operato degli amministratori, che assurgono di fatto al ruolo di veri e propri padroni della società.

Per di più, il fatto che i dipendenti ricevono delle tangenti può essere un incentivo a calmierare le retribuzioni. Non può poi trascurarsi la circostanza che talvolta anche la società che in teoria dovrebbe essere danneggiata in pratica trae vantaggio dal comportamento infedele dei soggetti che operano per suo conto, per cui non ha alcun incentivo a denunciare l'illecito.

Anche i rimedi pubblicistici diversi dal penale, come quelli apprestati dalle autorità amministrative indipendenti, non risultano soddisfacenti, dal momento che i soggetti preposti non dispongono degli stessi poteri di indagine dell'autorità giudiziaria e difficilmente potrebbero attivarsi per fatti microeconomici di scarso rilievo.

Gli strumenti forniti dal diritto civile e amministrativo, però, se da soli non sono esaustivi, possono essere di supporto al magistero penale, unitamente all'autoregolamentazione privata.

Nell'ultimo capitolo, infatti, dove è stato affrontato il rapporto tra *private bribery* e impresa, si è rilevata non solo l'importanza di un effettivo *compliance program*, accennando anche ai processi che gli organi di governo della società devono porre in essere per la sua realizzazione, ma si è parimenti sottolineato il ruolo che l'ordinamento può svolgere nel promuoverne la diffusione.

Nella consapevolezza che le mere enunciazioni di principio contenute nei codici etici non sono di per sé sufficienti, si è giunti alla conclusione per cui è necessaria l'elaborazione di un programma che, previa analisi delle principali aree di rischio nei settori dove opera l'impresa, contenga i rimedi da apprestare anche in materia di corruzione, con l'aggiunta di sanzioni per i trasgressori.

Dall'analisi comparata è emerso che il fatto di dotarsi di un *compliance program* non è solo una scelta valoriale dell'impresa, ma è anche incoraggiato dai diversi ordinamenti, che ricollegano alla sua adozione e all'effettiva messa in atto una riduzione delle sanzioni e in alcuni casi la loro esclusione qualora, nonostante la presenza di un serio modello di prevenzione, le persone fisiche lo abbiano eluso in modo fraudolento.

Da quanto precede si evince che l'approccio più efficace per il contrasto alla corruzione privata è multilivello.

Questa affermazione può essere intesa in più sensi.

Innanzitutto, come visto, in relazione alla pluralità degli strumenti da utilizzarsi, ovvero il diritto penale, civile e amministrativo, che non devono essere considerati in contrapposizione, ma nella logica di una reciproca complementarietà.

Occorre inoltre considerare con attenzione il ruolo della persona giuridica, dal momento che il fenomeno di cui si discute trova il suo principale terreno di coltura nell'impresa. È pertanto necessario apprestare un sistema sanzionatorio anche per le società, che al pari di quello per le persone fisiche sia effettivo, proporzionato e dissuasivo e d'altra parte prevedere, anche in chiave utilitaristica, dei vantaggi per le organizzazioni che adottano un modello di *compliance* efficace, in funzione preventiva e rieducativa per orientare le condotte future.

Non deve peraltro trascurarsi il fatto che la corruzione privata può verificarsi anche in relazioni diverse da quelle commerciali, nei rapporti che sono stati definiti da "mandato puro": paradigma di questo è il paragrafo 153a del codice penale austriaco denominato

“accettazione di doni da parte del rappresentante”⁸⁰⁶. Si tratta di una norma per la cui applicazione è sufficiente l’esistenza di un rapporto di mandato, che potrebbe essere conferito da una persona che non esercita attività commerciale ad un’altra, non necessariamente un dipendente, per il compimento di qualsiasi atto giuridico, anche eventualmente a titolo gratuito.

A quest’ultimo fenomeno è stata dedicata minore attenzione, perché la sua importanza è secondaria rispetto alla corruzione nell’ambito dell’impresa e oltretutto è prevista da un numero limitato di ordinamenti; oltre a quello austriaco solo quello britannico, grazie alle formule ampie utilizzate nel *Bribery Act*, sembra aperto alla sua criminalizzazione.

Nonostante questo l’introduzione di una simile norma sarebbe senz’altro opportuna, se non altro a chiusura del “sistema”. Per esempio, per quanto riguarda l’Italia, nel 1994 era stata presentata una proposta, poi non accolta, volta all’introduzione nel codice penale dell’art.640ter⁸⁰⁷, denominato l’infedeltà patrimoniale del rappresentante o del mandatario, che puniva chiunque, non rivestendo la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, nell’esercizio di un potere rappresentativo o di un mandato, si procura o comunque accetta la dazione o la promessa di denaro o di altra utilità.

Come visto, quindi, gli sforzi prevalenti sono stati indirizzati ad analizzare la corruzione privata nell’ambito dei rapporti di lavoro e i pregiudizi che essa può cagionare sia alla concorrenza sia più in generale alla società, con riferimento ai cd. *stakeholders*.

Il punto di partenza è stato il livello sovranazionale.

Negli ultimi decenni, infatti, nell’ambito delle organizzazioni internazionali si è fatta sempre più pressante l’esigenza di porre in essere una serie di codificazioni che impegnassero gli Stati membri ad intensificare la lotta contro la corruzione.

In realtà, nonostante le maggiori attenzioni siano state dedicate al settore pubblico, quello più tradizionale, dove sono indiscutibili i pregiudizi che il pagamento di tangenti può comportare non solo al buon andamento della PA, ma anche alle relazioni commerciali fra i diversi Paesi, negli strumenti adottati dal Consiglio d’Europa e dall’ONU⁸⁰⁸ è presente anche il richiamo alla corruzione privata.

⁸⁰⁶ Cfr. cap. II par. 7.1.

⁸⁰⁷ Cfr. cap. V par.1.

⁸⁰⁸ Cfr. cap. I par. 12-14.

Riguardo a quest'ultima, tuttavia, l'approccio è decisamente più *soft*, dal momento che mentre lo strumento dell'ONU stabilisce soltanto che gli Stati sono tenuti a valutare l'opportunità di sanzionarla, quello del Consiglio d'Europa conferisce ad essi, con scelta discutibile, la facoltà di escluderne la criminalizzazione. In mancanza però dell'avvalimento di questa clausola, l'introduzione del reato di *private bribery* diviene obbligatoria, anche se gli strumenti previsti si riducono più che altro alla *moral suasion* del GRECO. Quest'ultima, però, è comunque suscettibile di avere un certo peso, come si è visto nel caso della riforma italiana del 2012⁸⁰⁹.

In ultima analisi il solo strumento con carattere realmente cogente è la Decisione quadro eurounitaria n. 568/2003⁸¹⁰, che ha sostituito la precedente Azione comune del 1998, in forza del potere della Commissione Europea di aprire una procedura d'infrazione nei confronti degli Stati membri inadempienti.

Nonostante in dottrina non vi sia consenso unanime su quale sia il bene giuridico tutelato dallo strumento europeo, la tesi qui accolta è nel senso che esso è incentrato sulla protezione della concorrenza, da intendersi in senso macroeconomico, mantenendo però quale indefettibile presupposto la violazione dei doveri da parte del corrotto, ciò che stato denominato "substrato lealistico", non accedendosi pertanto ad un modello concorrenziale puro, quale era quello tedesco prima della riforma del 2015⁸¹¹.

Nel corso del lavoro le norme europee sono state spesso richiamate per due ragioni: innanzitutto per valutare se e come i Paesi oggetto della comparazione, tutti membri dell'UE (la Gran Bretagna lo era al momento dell'entrata in vigore del *Bribery Act*) hanno dato esecuzione ai loro obblighi e in secondo luogo per verificare se gli esiti sono stati o meno convergenti.

L'analisi si è svolta essenzialmente su due livelli: il primo, dove sono state delineate le caratteristiche di fondo di ciascuno dei tre modelli di contrasto alla corruzione privata (privatistico, pubblicistico e unitario)⁸¹² e il secondo, dove è stato analizzato lo "stato dell'arte" nei singoli Paesi; laddove ritenuto utile, come nei casi francese e italiano, si è fatto riferimento anche a norme abrogate ma comunque interessanti per lo studio, in una comparazione diacronica.

⁸⁰⁹ Cfr. cap. V par.4.

⁸¹⁰ Cfr. cap. I par. 11-12.

⁸¹¹ Cfr. cap. IV par.4.2.

⁸¹² Cfr. cap. I par.16, dove è stata illustrata l'opzione teorica prescelta.

Come si è visto, non sempre le classificazioni teoriche funzionano perfettamente nella pratica.

Mentre infatti la precedente disciplina francese⁸¹³ e quella attuale spagnola⁸¹⁴ rispecchiano in modo pressoché perfetto rispettivamente i modelli lealistico e pubblicistico, e la stessa cosa può affermarsi per la Gran Bretagna⁸¹⁵ e la Svezia⁸¹⁶ riguardo al modello unitario, non altrettanto può dirsi in altri casi. Per esempio la codificazione austriaca⁸¹⁷ non comprende tutti i requisiti del modello patrimonialistico, non richiedendosi necessariamente la verifica del danno, il Portogallo⁸¹⁸ ha adottato una legislazione che, seppur a base patrimonialistica, è aperta alla tutela della concorrenza, la Francia⁸¹⁹ e l'Italia⁸²⁰ hanno codificazioni che si caratterizzano per il loro eclettismo, mentre la Germania⁸²¹ dal 2015 ha abbandonato il modello pubblicistico puro, con la conseguenza che oggi l'art. 299 StGB può essere paragonato a una chimera a due teste.

All'esito del percorso può trarsi un duplice ordine di conclusioni.

Innanzitutto, nonostante tutti i Paesi trattati abbiano adottato delle modifiche per adeguare il loro ordinamento alla Decisione quadro, permangono ancora delle differenze, dovute sia al fatto che la norma europea lascia comunque un margine di discrezionalità ai legislatori nazionali, sia a un orientamento discutibile della Commissione Europea che in alcuni casi, per esempio quelli del Belgio e dell'Olanda⁸²², non ha ritenuto di attivare una procedura di infrazione, pur a fronte di norme che tutelano solo interessi privatistici e non la concorrenza.

Maggiore solerzia, invece, è stata dimostrata nei confronti dell'Italia, nei cui confronti la Commissione si è ufficialmente attivata per indurre il legislatore a modificare nel 2017 l'art. 2635 del codice civile⁸²³.

Alle riforme sulla corruzione privata in Italia è stato dedicato l'intero capitolo quinto, non solo perché si tratta del nostro Paese, ma anche perché l'evoluzione della fattispecie è

⁸¹³ Cfr. cap. II par.4.

⁸¹⁴ Cfr. cap. II par.5.2.

⁸¹⁵ Cfr. cap. III par.1-2-.

⁸¹⁶ Cfr. cap. III par. 3.

⁸¹⁷ Cfr. cap. II pr.7.

⁸¹⁸ Cfr. cap. II par. 5.

⁸¹⁹ Cfr. cap. IV par. 6.

⁸²⁰ Cfr. cap. V par.9.

⁸²¹Cfr. cap. IV par. 4.2.

⁸²² Cfr. cap. II par.6.1.

⁸²³ Cfr. cap. V par. 6.

stata particolarmente tormentata, a causa dell'inerzia del legislatore nel dare esecuzione agli obblighi europei. La norma che infine è risultata dall'ultima modifica, avvenuta nel 2019, protegge una pluralità di interessi, con un approccio di tipo "eclettico" in modo simile a quella francese, con un ambito di applicazione più limitato a causa del mantenimento dell'originaria vocazione commercialistica, che la restringe alle società e agli enti del settore privato. Oltretutto la tecnica redazionale presenta alcuni problemi, anche in rapporto alla fattispecie di istigazione alla corruzione⁸²⁴, dal momento che la trasposizione delle norme europee è avvenuto in modo stratificato, attraverso le riforme del 2002, 2012, 2017 e 2019, senza prestare la dovuta cura nel recepire istituti provenienti da ordinamenti diversi.

In secondo luogo, nonostante l'ampia disamina effettuata, non è possibile affermare con certezza quale sia il modello "migliore" per contrastare la corruzione tra privati.

Può però dirsi che i modelli privatistici, trattati nel secondo capitolo, manifestano limiti evidenti, nel momento in cui considerano il solo pregiudizio cagionato al datore di lavoro del corrotto, *sub specie* della lesione del rapporto fiduciario e del danno patrimoniale, obliterando l'esistenza di interessi ulteriori, innanzitutto quelli dei concorrenti, il libero funzionamento del mercato, le aspettative dei consumatori a scegliere il miglior prodotto anziché quelli loro proposti a seguito del pagamento di tangenti.

Il modello unitario, d'altra parte, potrebbe offrire risposte convincenti, tanto più che si presenta quale espressione della crescente sensibilità nel senso del ravvicinamento della corruzione pubblica e di quella privata; all'atto pratico, però, all'esito della disamina dei modelli britannico e svedese, è emerso⁸²⁵ che si tratta di legislazioni che risentono molto delle peculiarità locali: il forte sviluppo dello stato sociale in Scandinavia e le profonde radici storiche della *common law* per quanto riguarda il diritto d'oltremarica. Ci si è anche soffermati sul fatto che la distinzione fra pubblico e privato mantiene la sua importanza anche alla luce del modello unitario, almeno per quanto concerne la commisurazione della pena. *Dulcis in fundo*, nel corso della trattazione si è visto come nella maggior parte degli ordinamenti esaminati la *private bribery* non è tipizzata da una sola norma, ma accanto a una principale ve ne sono altre secondarie, per esempio la corruzione sportiva e quella medica; di conseguenza, a ben vedere, spesso neppure la corruzione privata si presenta come unitaria.

⁸²⁴ Cfr. cap. V par. 10.

⁸²⁵ Cfr. cap. III par. 4.

Sicuramente il modello pubblicistico, in quanto volto alla tutela di interessi superindividuali, primo fra tutti la libera concorrenza, è quello che maggiormente si avvicina all'*optimum*, non solo perché tiene conto delle scelte di fondo della normativa europea, ma anche perché è meglio degli altri in grado di conferire piena razionalità alle istanze di codificazione del fenomeno promananti anche dagli altri strumenti sovranazionali: si tratta infatti di salvaguardare il corretto funzionamento del mercato e non soltanto interessi di natura giuslavoristica. Il riferimento a questi ultimi, perlomeno nel modello pubblicistico puro, è però del tutto assente, ragion per cui, come spiegato⁸²⁶, esso non risulta del tutto soddisfacente, oltre al problema di individuare la norma extrapenale di riferimento, presumibilmente una legge a tutela della concorrenza leale, la cui violazione integra la fattispecie nel momento in cui è stata data o promessa un'utilità non dovuta in relazione a un rapporto di lavoro nel settore privato.

In ultima analisi quindi, fermo restando quanto detto in relazione al ruolo del diritto civile e amministrativo e alla necessità di prevedere anche profili sanzionatori per le persone giuridiche che favoriscano nel contempo l'adozione di un *compliance program*, per quanto riguarda quelle fisiche la soluzione più opportuna, in modo pragmatico, potrebbe essere l'adozione di un modello "eclettico" ben calibrato.

Questo dovrebbe essere incentrato sulla tutela della concorrenza leale, da intendersi in senso macroeconomico, mantenendo però quale presupposto la violazione dei doveri nei confronti del datore di lavoro. In tal modo, oltre ad aversi un più solido ancoraggio alle norme extrapenali violate (quelle giuslavoristiche e non, in senso più generico, quelle poste a tutela della concorrenza), si costruisce una fattispecie in grado di offrire protezione anche a interessi afferenti al patrimonio e alla lesione del rapporto fiduciario tra agente e principale che, pur secondari nella prospettiva sovranazionale, mantengono invece rilevanza e "bisogno di tutela" negli ordinamenti interni.

⁸²⁶ Cfr. cap. IV par. 7.

BIBLIOGRAFIA

ABAZI V., *Whistleblowing in the European Union*, in *Common market law review*, 2021, p. 813.

ACKEBO D., VESTIN E., Jansson E., *Sweden*, in *The anti bribery and anti corruption review*, 2017, Derbyshire, p. 277.

ALAGNA R., *La corruzione medica nell'ordinamento tedesco*, in *Dir.pen.cont.*, 7 luglio 2016.

ALDOVRANDI P., *Artt.-2634, 2635 in I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi, A.Cadoppi, Padova, 2002, p. 126.

ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2002.

ALLDRIDGE P., *Reforming bribery, Law Commission Consultation Paper 185*, in *Criminal Law Review*, 2008, fasc.9, p. 671.

ALLDRIDGE P., *The UK Bribery act: the caffeinated sibling of the FCPA*, in *Ohio state law journal*, 2012, fasc.73 p. 1181.

AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Milano, 2004, p. 400.

AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Reati societari*, a cura di A.Rossi, Milano, 2004, p. 433.

AMATO G., *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2014, fasc.3, p. 555.

ANGARDONA A., *Private to private corruption*, in *Journal of business ethics*, 2003, vol.47, fasc.3.

ANGELICI C., *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur.comm.*, 2011, fasc.1, p. 159.

ARTAZA FATELA O., *Corrupcion entre particulares: lesividad de la conduct y consecuencias en sede de tipificacion de acuerdo al analisis comparado*, in *Revista de derecho (Coquimbo)*, version on line, 2019.

AYED W., *La lutte contre la corruption privée*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, n.5, settembre 2011, dossier 32, p. 2.

BALESTRA L., *Il ruolo dei codici etici nell'autoregolamentazione del mercato*, in *Giur.comm.*, 2018, fasc.2, p. 223.

BARRIERE F., *Les lanceurs d'alerte*, in *Revue des sociétés*, 2017, fasc.4, p. 191.

BARTOLI R., *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. e processo.*, 2017, fasc.1, p.5.

BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino,2012, p. 439.

BARTOLI R., *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir.pen. e processo.*,2016, fasc.11, p. 1507.

BASSI A., D'ARCANGELO F., *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, Milano, 2020.

BEAN B. W., MAC GUIDWIN E.H, *Espansive reach- useless guidance: an introduction to the UK Bribery Act 2010*, in *Indiana Comparative Law Review*, 2012, p. 325.

BEAN B.W., MAC GUIDWIN E.H, *Unscrewing the inscrutable*,in *Indiana Comparative Law Review*, 2013, fasc.1, p. 61.

BEAUSSONIE G., SEGONDS M., in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, fasc. .4, p. 877.

BENUSSI C., *Art.318*, in *Codice penale commentato*, a cura di E.DOLCINI, G.L.GATTA, Vicenza, 2021

BENZ J., GARMAN I., *British hospitality: when is a bed a bribe? The U.K. Bribery Act and its implications for event organizers, sponsors, and related persons*, in *The entertainment and sports lawyer*, 2012, fasc. 30, p. 3.

BERENGUER PASCUAL S., *El delito de corrupcion en los negocios*, Madrid, 2020.

BERTEL C., *I più importanti delitti contro il patrimonio nel codice penale austriaco*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1990, fasc. 4, p. 889.

BERTEL C., *Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1988, fasc.1, p. 43.

BESSA VENDA S., *Reflexoes sobre os crimes de corrupcao no setor privado -uma tutela da concorrancia?* In *Ab Instantia, Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 2017, fasc.7, p. 140.

BIDINO C., *O problema especifico da corrupcao no setor privado (no Brasil e em Portugal)*, in C.C. SANTOS, C. BIDINO, D.T. MELO, *A corrupcao: reflexoes (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudencia) sobre ou seu regime juridico criminal em expansao no Brasil e em Portugal*, Coimbra, 2009, p. 203.

BONFIGLIOLI S., *L'Italia valutata dal GRECO*, in *Cass.pen.*, 2010, fasc.3, p. 1167

BONIFASSI S., *France*, in *Private Commercial Bribery* a cura di G.Heine, B.Huber, T.O.Rose, Freiburg, 2003, p. 91.

BRICCHETTI, R., *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di L. Cerqua, D. Canzio, 2014, p. 508.

BRICOLA F., *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur.Comm.*, 1985, p. 857.

BRUNELLI D., *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, 2012.

CAMPBELL L., *Organized crime and corruption in the UK: responding through law*, in *Criminal law review*, 2016, p. 55.

CAMPLANI F., *Anti-corruption in Germany, among the public and the private sector. The contribution of (and to) European law*, in *The S.I.P.P.A.S. project*, a cura di A. De Vita, Bari, 2021, p. 237.

CANDY T., FLICHY G., *Exclusion des marchés publics pour corruption: la théorie et la pratique*, in *La Semaine juridique entreprise et affaires*, 01 agosto 2019, p. 1395.

CAPUTO A., *La corruzione tra privati. Tra circolarità e autonomia*, in *Il diritto dall'economia*, 2020, fasc.2, p. 481.

CARMONA A., *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996.

CASSINELLI A., *Modello 231 e global compliance program: come districarsi nella selva regolamentare interna all'azienda*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, 2020, fasc.4, p. 359.

CHIARAVIGLIO P., *Il delitto di infedeltà patrimoniale*, in *Sist.pen.*, 31 gennaio 2022

CHIARAVIGLIO P., *Infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale delle società*, a cura di L. CERQUA, D. CANZIO, Padova, 2014, p. 502.

CLAUDE O., CHAMPAVERE A., *Lutte contre la corruption*, in *Revue Internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2019, fasc.5.

CLAYTON R. TOMLINSON H., *The law of human rights*, Oxford, 2009.

Clerici A.L., *La Corruzione tra privati*, Vicalvi, 2017.

CONSO G., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 349.

CONSULICH F., *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.4, p. 249.

CONSULICH F., *L'ente alla Corte. Il dlgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2019, fasc.4, p. 21.

CONSULICH F., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2018, fasc. 4, p. 197.

COSTA D., *Il reato di corruzione nei rapporti commerciali in Germania alla luce della riforma del 2015. Una disamina comparatistica del § 299 dello Strafgesetzbuch*, in *Giurisprudenza penale*, fasc. 5, 2019.

CROPP N., *The Bribery Act 2010: a comparison with the Foreign Corrupt Practices Act: Nuance v Nous*, in *Criminal Law Review*, 2010, fasc.1, p. 122.

D'ACQUARONE V., ROSSI S., *Corruzione fra privati: nuovi profili di rischio a livello intraorganizzativo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, fasc.3, p. 9.

D'ACQUARONE V., *Whistleblowing e dintorni: è un diritto o un obbligo? E che ne è delle tutele per il whistleblower privo di modello?*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2021, fasc.3, p. 179.

D'ALTILIA L., *Dove il leone perde può vincere la volpe: saggio sul ventennio della corruzione tra privati*, in *Ind. Pen.* 2020, fasc. 3, p. 562.

D'AVIRRO A., MAZZOTTA G., *I reati d'infedeltà nelle società commerciali*, a cura di, Milano, 2004.

DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004.

DEI CAS E.A., *Un'ulteriore arma per combattere la criminalità d'impresa? I deferred prosecution agreements nell'ordinamento inglese*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2022, fasc.1, p. 183.

DE LA CUESTA J.L., BLANCO CORDERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e diritto comparato*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano, 2003.

DELLA BELLA A., *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist.pen.*, 6 dicembre 2019.

ESOSA OSEMWENGIE C., *Financial Crime Update*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, June 2021.

DE LEYSSAC M.P.L., *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano, 2003, p. 101.

DE MARSICO A., *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951.

DELLA PORTA D., *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992.

DE SIMONE G., *Modello 231/2001 e ISO 37001: lotta alla corruzione pubblica e privata*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2018, fasc.1, p. 299.

DE SIMONE G., *Profili di diritto comparato*, in *La responsabilità da reato degli enti*, vol.I, a cura di G.LATTANZI, P.SEVERINO, Lavis, 2020, p. 3.

DEVITTO E., *Il piano di prevenzione della corruzione nelle società a capitale privato: non un obbligo ma un'opportunità*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2019, fasc.1, p. 299.

DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2003.

DI VIZIO F., *La corruzione tra privati: lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra lealtà all'ente ed il funzionamento meritocratico del mercato*, in *Discrimen*, 10 dicembre 2018.

DONINI M., *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2002, fasc.3, p. 477.

DREYFUS F., *La corruption: d'un impensé politique à une politique normative*, in *Revue française d'administration publique*, 2020, fasc.3, p. 609.

EJIKE EKWUEME, *Decelerating corruption and money laundering: distilling the positive impact of the UKBA 2010 from a holistic perspective*, in *Journal of financial crime*, 2022, fasc. 29, p. 128.

FAIELLA S., *Istigazione e corruzione tra privati* in www.dirittodidifesa.eu, 10 aprile 2020

FEBBRAI R., *Infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale delle società*, a cura di L.D. Cerqua, Padova,2009, p. 528.

FERREIRA M.SANTOS R.E., *A corrupcao no fenomeno privado*, 21 aprile 2021, in www.carlospintodeabreu.com

FLICK G.M., *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, In www.federalismi.it., 17 novembre 2010 .

FLORE D., *L'incrimination de la corruption*, Bruxelles, 1999.

FOFFANI L., *L'armonizzazione del diritto penale dell'economia dell'Unione Europea: il progetto Eurodelitti*, in *Diritto penale comparato, europeo e sovranazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 143.

FOFFANI L., *La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?* in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano, 2003, p. 377.

FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997.

FOFFANI, L. *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1994, fasc.4, p. 958.

FOGLIA MANZILLO F., *Modelli sanzionatori nel rischio conflittuale*, Napoli, 2020.

FONDAROLI D., *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Milano, 2004, p. 390.

FORTI G., *Introduzione. Il volto di Medusa. La tangente come prezzo della paura*, in *Il prezzo della tangente* (a cura di G. FORTI), Milano, 2003, p. XXI.

FORTI G., *La Corruzione fra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano, 2003, p. 287.

GANDINI F., IUZZOLINO G., *Come si cambia in Italia in nome della Convenzione ONU contro la corruzione*, in *Dir. e giust.*, 18 febbraio 2006, p. 43.

GEERTSMA J., *Overview on anti-corruption rules and regulations in the Netherlands*, in www.ecba.org

GEERTSMA J., STEVENS M., *Netherlands*, in *Bribery and corruption*, London, 2020, p. 181.

GEIS G., MEIER R., *White collar crimes*, New York, 1977.

GENTLE S., *The Bribery Act 2010: the corporate offence*, in *Criminal Law Review*, 2011, fasc.2, p. 101.

GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2004.

GIL NOBAJAS M. SOLEDAD, *El delito de corrupcion en los negocios (art.286bis): analisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador del hecho, y la persona juridica en un modelo puro de competencia*, in *Estudios penales y criminologicos*, vol.XXXV, 2015, p. 567s.

GOPINATH C., *Recognizing and justifying private corruption*, in *Journal of business ethics*, 2008, vol.82, fasc.3.

GREEN S.P., *Official and commercial bribery: should they be distinguished?* In *Modern Bribery Law*, Cambridge, 2013

GROMIS V., MATTINA C., VACCARE E., *La certificazione anti-bribery e l'esperienza ENEL S.P.A.*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2017, fasc.2, p. 279.

GUERCIA P., *L'infedeltà patrimoniale*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A.Manna, Padova, 2008.

GUILLEMIN T., CHANZY T., *Exclusion des marchés publics pour corruption: la théorie et la pratique*, in *La semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2019, p. 1395.

GULLO A., *Spunti critici in tema di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca, Borsa, Tit. Credito*, 2003, p. 446.

GUTMANN J, VIOLA L., *Private sector corruption, measurement and cultural origins*, in *Social indicators research*, 2018, fasc.138, vol.2.

HEINE G., *Comparative analysis*, in *Private commercial bribery*, a cura di G.HEINE, B.HUBER, T.O.ROSE, Freiburg, 2003, p. 608.

HELPER M., *La lotta alla corruzione: riflessioni dall'esperienza germanica ed austriaca*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, fasc.3, p. 481.

HENDERSON K.E., Guida K.A., *United States*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di G.Heine, p. 493.

HERRING J., *Criminal Law*, Oxford, 2020.

HUBER B., *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2001, fasc. 2, p. 507.

HUBER B., *Il sistema tedesco di lotta alla corruzione: una comparazione con quelli di altri Paesi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, fasc.3, p. 507.

JOHNSTON M., *Comparing corruption: participation, institutions and development*, in *Private and public corruption*, Oxford, 2004., p. 275.

KILDANI E., *La legge italiana di ratifica alla Convenzione di Merida contro la corruzione (L.3 agosto 2009 n.1163)*, in *La Legisl. Pen.*, 2010, fasc.2, p. 119.

KLEINIG J., HEFFERMAN W., *The corruptibility of corruption*, in *Private and public corruption*, Oxford, 2004, p. 3.

KRACK R., *Entschleirte schmiergelder nach der reform de § 299 StGB*, in www.zis-online , 2016, fasc.2, p. 83.

LA ROSA E., *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018.

LA ROSA E., *La repressione penale della corruzione sportiva: esperienze normative a confronto*, in *Olympialex Review*, 2019, fasc.1, p.64.

LATTANZI R., *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?*, in *Protezione delle vedette civiche: il ruolo del whistleblowing*, Milano, 2009.

LAVACCHINI M., *La responsabilità dell'ente per i delitti di corruzione*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A.Manna, Padova, 2018, p. 2781.

LAVACCHINI M., *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir.pen.cont.*, 10 ottobre 2014.

LEE J., *Exclusivism, inclusivism and pluralism in the UK Bribery act 2010*, in *Journal of international trade & policy*, vol.2, fasc.2, p. 169.

LEJONHUFVD M., *Sweden*, in *Private commercial bribery*, a cura di G.HEINE, B.HUBER, T.O.ROSE, Freiburg, 2003, p. 411.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Paris, 2020.

LOMBARDI S., *Il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza*, San Giuliano Milanese, 2020.

LORD N., DOIG A., LEVI M., VAN WINGERDE K., BENSON K., *Implementing a divergent response? The UK approach to bribery in international and domestic contexts*, in *Public money and management*, 2020, p. 349.

LUCHENA S., *Codice etico e modelli organizzativi nel dlgs.n.231/01: legittimità ed efficacia*, in *Giur.comm.*, 2011, fasc.2, p. 245.

MACRÌ F., *La corruzione fra privati (art.2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Criminalia*, 1 aprile 2019.

MADIA N., *L'infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di R.Rampioni, Torino, 2019, p. 136..

MAINWALD M., *La disciplina della corruzione nella Repubblica Federale Tedesca*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali a cura di G.Fornasari, N.Luisi*, Milano, 2003, p. 273.

MALGRAIN L., DURAND G., PICCA J.P., *France*, in *Bribery & Corruption 2020*, London, p.74.

MANACORDA C., *Whistleblowing: verso una disciplina europea unitaria*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2018, fasc. 3, p.185..

MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, 2010.

MANNA A., *Abuso d'ufficio*, Torino, 2004.

MANNOZZI G., *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir.pen. e processo*, 2008, fasc. 6, p. 775.

MARINUCCI G., ROMANO R., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1971, fasc.3, p.681 ss

MARTINI A., *Art.2635- infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *La legisl.pen.*, 2003, pp.519ss.

MAUGERI A.M., *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex dlgs. n. 231/2001*, Torino, 2022.

MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2020.

MAZZACUVA F., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione negoziata per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind.pen.*, 2013, fasc.2, p.737.

MELCHIONDA M., *La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta*, in *Sist. Pen.*, 2019, fasc.12

MEZZETTI E., *I reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2013, p. 2.

MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art.2635) in AA.VV., I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A.GIARDA, S.SEMINARA, Padova, 2002, p. 498.

- MILITELLO V., *Patrimonio*, in *Dig. Disc.pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 278.
- MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*,2012, fasc.4, p. 906.
- MILITELLO V., *La corruzione tra privati in Italia, un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, fasc.3, p. 564.
- MILITELLO V., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art.2635)*, in *I nuovi reati societari*, a cura di A.Giarda, S.Seminara, Padova, 2002, p. 497.
- MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Dir.pen. e processo*,2002, fasc.6, p. 698.
- MILLS D., WEISBERG R., *Corrupting the harm requirement in white collar crime*, in *Stanford Law Review*, 2008, fasc. 60, n.5, p. 1371.
- MOCCIA S., *Riflessioni sui nodi problematici della normativa italiana in materia di criminalità economica*, in *Riv. trim. dir pen.econ.*, 1997, fasc.1, p. 9.
- MOLHO V., GUILLOT J.B., *La loi visant à renforcer l'éthique du sport e les droits des sportifs*, in *La Semaine Juridique*, 2012, fasc.9, p. 1137.
- MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.
- MONGILLO V., BELLACOSA M., *Il sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, a cura di G.LATTANZI, P.SEVERINO, Lavis, 2020, p. 289.
- MONTHEIT C., *The Bribery Act 2010: enforcement*, in *Criminal Law Review*, 2011, fasc.2, p. 111.
- MONTY R., *Bribery. Law and Practice*, Oxford,2016.
- MUSCO E., *L 'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano,2004.
- MUKWIN J., *British Law on corporate bribery*, in *Journal of financial crime*, 2015, fasc. 22, p. 17.
- NAPOLEONI V., *Il "nuovo" delitto di corruzione tra privati*, in *La legisl.pen.*, 2013, fasc.3, p. 693.

NIETO MARTIN A., *La corruzione nel diritto privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, in *La Corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano, 2003, p. 111.

NUNZIATA M., *Verso l'(indispensabile) incriminazione della corruzione inter privatos: primi spunti di riflessione*, in *Riv. Pol.*, 1998, pp. 417ss.

NUVOLONE P., *L'infedeltà nel diritto patrimoniale*, Milano, 1941

NWOHA O., *Whistleblower protection in the UK: a case for reform*, in *Business law review*, 2021, fasc. 5, p. 240.

OTERO GONZALEZ P., *La progresiva ampliacion del ambito tipico del delito de corrupcion privada*, in *InDret*, fasc. 4, 2019.

OTERO GONZALEZ P., *Corrupcion en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015*, in *Cuadernos Penales José Maria Lidon*, 2016, p. 199.

PAGLIARO A., *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana "mani pulite"*, in *Riv.trim. dir.pen. econ.*, 1997, p. 1169.

PALAZZO F., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. Pen.*, 2015, fasc. 10, p. 389.

PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc.pen.*, 1992, p. 453.

PAKSTAITIS L., *Private sector: corruption, realities, difficulties of comprehension, causes and perspectives, the Lithuanian approach*, in *Crime, law and social change*, 09/2019, vol.72, fasc.2

PECCIOLI A., *Unione Europea e criminalità transazionale*, Torino, 2005.

PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, fasc.3, 1953, p. 529.

PEDRAZZI C., *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1993, fasc.4, p. 1049.

PELISSERO M., *La norma della corruzione nel progetto Corpus Iuris 2000: una chiave per l'armonizzazione europea*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di G. FORNASARI, N.LUISI, Milano, 2003, p. 287.

- PELISSERO M., *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir.pen.e processo.*,2008, fasc.3, p. 277.
- PERRONE D., *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa della l.25 febbraio 2008, n.34*, in *Cass.pen.*,2009, fasc. 2, p.769 ss.
- PERSIO P.T., *Il reato di corruzione fra privati nell'esperienza italiana e francese: modelli di tutela a confronto*, in *Cass.pen.*, 2015, fasc.11, p. 4255.
- PETRILLO F., *La riforma del reato di corruzione tra privati: quali impatti sul modello 231?*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2017, fasc.3, p. 286.
- PORACCHIA D., *Un an de sport dans le droit de la communication*, in *Communication Commerce électronique*, n.11, novembre 2017, chron.12
- PORACCHIA D., *Le droit des sociétés dans la loi Sapin2*, in *Bulletin Joly Societes*, 2017, fasc. 1, p. 64.
- PULITANÒ D., *L. 6 novembre 2012*, in *Cass. pen.suppl.*, 2012, fasc. 11, p. 3.
- QUAGLIONI D., *Delinquens in officio. Spunti dal diritto comune*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di G.Fornasari, N.Luisi, Milano,2003, p. 37.
- QUERALT J.J., *Spain*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di G.Heine, B.Huber, T.O.Rose, Freiburg, 2003, p. 357.
- QINGXIU B., *The viability of deferred prosecution agreements (DPAs) in the UK: the impact on global anti-bribery compliance*, in *European business organization Law Review*, 2 february 2021, p. 173.
- RABL T., *Private Corruption and its Actors*, Lengerich, 2008.
- RAFFAELLI M., *Disposizioni occorrenti per dare attuazione a Decisioni quadro, adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in *La legisl.pen.*,2008, p. 427.
- ROZIE J., VANDERMEERSCH D., DE HERDT J., *Un nouveau code penal pour le futur?*,Bruges, 2019.
- RIBEIRO BRANCO S., *Portugal*, in *The anti bribery and anti corruption review*,2017, Derbyshire, p. 193.

RIVERDITI M., *Delitti dei pubblici ufficiali*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol.II, a cura di C.F.GROSSO, Milano, 2018, p. 424.

RODRIGUES DE ABREU FERREIRA R., *Corrupcao no setor privado: uma questao de ben juridico*, in *Revista Liberdades*, 2014, fasc. 15, p. 140.

ROSAS OLIVA J.I., *Consideraciones para la tipificacion de un delito contra la corrupcion en el Sector privado en Espana*, in *Cuadernos de politica criminal*, 2009, p. 110.

ROSSI A., *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le Società*, 2017, fasc.6, p. 751.

ROSSI A., *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir.pen . e processo, Gli speciali*, 2013, p. 44.

ROSSI A., *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori , tra persone fisiche e persone giuridiche*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2013, fasc.2, p. 299.

ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003

RUGANI A., *La riforma della corruzione fra privati (dlgs. n.38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 12, p. 4638.

SAGLIBENE D., *The U.K. Bribery Act: a benchmark for anti-corruption reform in the United States*, in *Transnational law and contemporary problems*, 2014, fasc. 23, p. 199.

SALAZAR L., *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia di fronte ai suoi giudici*", in *Cass. Pen.*, 2012, fasc. 12, p. 4270.

SANCHEZ BERNAL J., *Los delitos de corrupcion en el deporte en Espana, Portugal y Brasil. Similitudes y diferencias*, in *Revista de estudios brasilenos*, 2019, fasc. 12, p. 13.

SANCHEZ BERNAL J., *Estudio de la sancion penal de la corrupcion entre privados a partir de los ejemplos de Espana y Chile*, in *Revista de Ciencias Penales*, 2021, p. 71.

SANTORIELLO C., *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2019, fasc.1, p. 48.

SCALIA V., *La corruzione. A never ending history*, Torino, 2020.

- SEGONDS M., *Corruption active et passive des personnes n'exercant pas une fonction publique*, in *Juris classeur pénal des affaires*, 2014, fasc.30, p.9 (ultimo aggiornamento 17 agosto 2019).
- SEGONDS M., *La lutte contre la corruption*, in *Actualité juridique pénale*, 2006, fasc..5, p. 194.
- SEGONDS M., *Un an de droit pénal du travail*, in *La semaine juridique social*, 13 novembre 2018, p. 1352.
- SEMINARA S., *Il gioco infinito, la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, fasc. 6, p. 713.
- SEMINARA S., *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1993, fasc.3, p. 951.
- SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le società*, 2013, fasc.1, p. 61.
- SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir.pen. e processo*, 2013, p. 11.
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Torino, 2005.
- SILVESTRE P., *La fiducia violata: l'inadeguatezza del delitto di appropriazione indebita alle esigenze di tutela del trust*, in *Ind.pen.*, 2018, fasc.1, p. 73.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*", in *Cass. pen.*, 2010, fasc.3, p.1146.
- SPENA A., *Il turpe mercato*, Milano, 2003
- SPENA A., *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2007, fasc. 4, p.805.
- SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell'art.2635 c.c.*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, fasc.2, p. 690.
- SPENA A., *Corruzione tra privati*, in *Dir.pen. e processo*, 2013, fasc. 8, p. 39.
- STASIAK F., *La privatisation de la lutte contre la corruption*, in *Droit pénal*, n.6, giugno 2019, dossier n.2.

- STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1998, fasc.2, p. 459.
- STETTER S., LUDWIG S., *Germany*, in *The Anti Bribery and Anti Corruption Review* Derbyshire, 2017, p. 119.
- SULLIVAN R., *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli, L. Foffani, Milano, 2003, p. 157.
- SULLIVAN R., *The Bribery Act 2010: an Overview*, in *Criminal Law Review*, 2011, fasc. 2, p. 87.
- SUTHERLAND E.H., *White collar crime*, New York, 1949.
- TAK P., *Il reato di corruzione privata in Olanda*, in *La corruzione fra privati, Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano, 2003, p. 143.
- TAK P., *The Netherlands*, in *Private commercial bribery*, a cura di G.HEINE, B.HUBER, T.O.ROSE, Freiburg, 2003, p. 276.
- TARTAGLIA POLCINI G., PORCELLI P., *Profili giuridico funzionali della nuova UNI ISO 37001/2016 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione*, in *La Resp.amm.delle società e degli enti*, 2017, fasc.2, p. 10.
- TIEDEMANN K., *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, fasc.1, p. 2.
- TRIPODI F.A., *La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un "dio minore"*, in *Criminalia*, 29 ottobre 2018.
- UBERHOFEN M., *Germany*, in *Private Commercial Bribery*, a cura di G.HEINE, B.HUBER, T.O.ROSE, Freiburg, 2003, p. 120.
- VAZQUEZ GONZALEZ C., *Delitos relativos al mercado y a los consumidores y corrupcion en los negocios*, in *Curso de derecho penal, Parte especial*, a cura di A. SERRANO GOMEZ, A. SERRANO MAILLO, M.D. SERRANO TARRAGA, C. VAZQUEZ GONZALEZ, Madrid, 2017, p. 393.

VENAFRO E., *Il nuovo reato di istigazione alla corruzione privata come fattispecie attenuata dell'art.2635*, in *La Legsl.pen.*, 2018, fasc.10, p. 8.

VENAFRO E., *Art.2634- infedeltà patrimoniale*, in *La legisl.pen.*, 2003, p. 508.

VENTULLO S., *L'inizio dei giochi: il nuovo reato di corruzione tra privati dopo la legge spazzacorrotti e i suoi impatti sulla responsabilità dei singoli e delle imprese*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.1, p. 69.

VILLOSO F., GROMIS V., *L'esperienza di certificazione anti-bribery di Intesa Sanpaolo S.P.A.*, in *La resp.amm.delle società e degli enti*, 2020, fasc.1, p. 213.

VINCIGUERRA G., *Corruzione societaria e corruzione del pubblico funzionario:più divergenze che affinità*, in *Reati societari*, a cura di A.Rossi, Milano,2004, p. 447.

VOGEL J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, Milano,2003, p. 75.

WEBB P. *The United Nations Convention against corruption: global achievement or missed opportunity?* In *Journal of international economic law*, 2005, fasc.8, p. 191.

ZANICHELLI C., MOLINARI G., *Dlgs. 231/2001, UK Bribery Act e US Sarbanes Oxley act:profili di attinenza ed estraneità*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, fasc.1, 2017, p. 178.

ZAMBUSI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art.2635 c.c.): alcuni aspetti problematici*, in *Ind.pen.*,2005, fasc.3, p. 1035.

ZANICHELLI C., MOLINARI G., *Dlgs. 231/2001, UK Bribery Act e US Sarbanes Oxley act:profili di attinenza ed estraneità*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, 2017, fasc.1, p. 173.

ZANNOTTI R., *La corruzione privata: una riflessione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind.pen.*, 2005, fasc. 2, p. 531.

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008.

ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia*, Varese, 2017.

ZHE J., ZHANG D., *Does corruption hinder private business?Leadership stability on predictable corruption in China*, in *Governance*, Oxford, fasc.30, 2017.

YEOH P., *Bribery Act 2010: implications for regulated firms*, in *Journal of financial regulation and compliance*, 2012, fasc. 3, p. 264.

WOLF S., *Special issue: ethical changes of corrupt practices: dark sides of anti corruption law. A typology and recent developments in Germany anti bribery legislation*, in *German law journal*, 2016, fasc.7.