



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto penale dell'economia

IL RUOLO DELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI NEL DIRITTO PENALE

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Antonino Gullo

CANDIDATA

Chiara Giudice

Matr. 140593

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Maurizio Bellacosa

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

FONTI INTERNAZIONALI ED EUROPEE DI CONTRASTO ALLA «CORRUZIONE PRIVATA».

1. La prospettiva internazionale ed europea della corruzione privata: il bene giuridico protetto.
2. Gli interventi dell'Unione Europea: dall'Azione comune del 22 Dicembre 1998 (1998/742/GAI) alla Decisione quadro del 22 Luglio 2003 (2003/568/GAI).
 3. La «Convenzione penale sulla corruzione» del Consiglio d'Europa.
4. La Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione.
 5. Il problema del “ne bis in idem” nelle fonti europee ed internazionali.

CAPITOLO II

LA TRAVAGLIATA GENESI DELL'ART. 2635 c.c.

1. La travagliata genesi dell'art. 2635 c.c.: le novità introdotte dalla legge 6.11.2012 n. 190, dal D.Lgs 15.3.2017 n. 38 e dalla legge 9.1.2019 n. 3.
 2. Critiche e sollecitazioni per le modifiche.
3. Le condotte punite.
4. I soggetti attivi.
5. Struttura del reato.
6. Il dolo.
7. Momento consumativo e tentativo.
8. L'«istigazione alla corruzione tra privati» *ex art. 2635 bis c.c.*
9. Il regime di procedibilità.
10. Il rispetto degli obblighi europei di armonizzazione.

CAPITOLO III

LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE PRIVATA CON LA PREVISIONE DI UNA NUOVA FATTISPECIE GIURIDICA.

1. Breve premessa.
2. La selezione dei soggetti attivi.
3. La punibilità dei soggetti “non apicali”.
 - 3.1. Il problema della eventuale punibilità dei soci e dei soggetti “di fatto”.
4. La corruzione privata come “corruzione propria antecedente”: struttura dell’offesa e struttura del fatto tipico. Considerazioni preliminari.
 - 4.1. Segue: l’alternativa tra pericolo astratto e concreto.
 - 4.2. Segue: la soluzione del dolo specifico di “ulteriore offesa”.
5. Il carattere “proprio” della corruzione privata. La selezione dei doveri penalmente rilevanti tra efficacia ed esigenze di precisione. Il ruolo della c.d. *soft law*.
 - 5.1 Rapporti con le fattispecie della «corruzione privata» già presenti nell’ordinamento.
6. I problemi connessi all’accertamento.
 - 6.1. Meccanismi d’incentivo all’autodenuncia.
 - 6.2. *Whistleblowing*.
7. Il ruolo della persona giuridica tra prevenzione e repressione. .
8. Considerazioni conclusive sulla proposta formulata.

CONCLUSIONI

INDICE BIBLIOGRAFICO

INTRODUZIONE

Il tema della “corruzione” nel settore privato è stato affrontato dal legislatore italiano solo a partire da tempi (relativamente) recenti, grazie ai numerosi *input* provenienti dal fronte sovranazionale.

Punto di partenza di tale analisi risulta essere la Decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, con cui il Consiglio ha evidenziato la necessità di arginare il fenomeno della corruzione nel settore privato che, con la globalizzazione e l’aumento degli scambi transfrontalieri, è diventato un problema a livello transnazionale, da affrontare in maniera efficace attraverso un’azione comune a livello europeo.

Già prima del 2003, il Consiglio dell’Unione europea aveva iniziato un percorso di lotta alla corruzione nel settore privato: in particolare, il 22 dicembre del 1998 veniva adottata la cosiddetta azione comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato.

Nel dettaglio, data l’esigenza di tale azione comune, il Consiglio aveva pubblicato una dichiarazione in cui si conveniva che l’operazione da intraprendere configurasse un primo passo a livello europeo nella lotta contro questo tipo di corruzione e che alla luce dei risultati della valutazione prevista ai sensi dell’articolo 8, punto, 2, dell’azione comune, ulteriori misure sarebbero state adottate in una fase successiva.

Ad ogni modo, il fine di tutti questi provvedimenti era quello di creare un sistema nazionale di lotta alla corruzione organico, snello e più incisivo.

Ebbene, è su questi aspetti che si concentrerà il primo capitolo del presente elaborato analizzando con attenzione le indicazioni dei legislatori sovranazionali circa le misure più opportune ed adeguate per contrastare il fenomeno corruttivo nel settore privato, sia nella sua forma attiva che passiva.

Tra i diversi provvedimenti sovranazionali oggetto di analisi, spicca la decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta della corruzione privata, che, nel nostro ordinamento, è stata recepita dal D.lgs. n. 38/2017. Quest’ultimo ha dato attuazione alla delega prevista dall’articolo 19 L. n. 170/2016, inserendosi all’interno di un processo più ampio di adeguamento dell’ordinamento italiano a fonti internazionali, quali la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione internazionale e le Convenzioni di Strasburgo del 1999.

Il secondo capitolo sarà dedicato al percorso della fattispecie di cui all’art. 2635 del codice civile e alle modifiche che ha subito nel tempo, con particolare riguardo alla riforma

operata, nel più ampio disegno di contrasto alla corruzione pubblica, dalla l. n. 190/2012 e a quella di cui al menzionato D.Lgs. n. 38/2017.

In particolare, saranno evidenziate alcune criticità dell'originario articolo 2635 del codice civile, tra cui il riferimento esclusivo ad un numero limitato di persone (posizioni manageriali, ma non ogni altro lavoratore o impiegato della società) tra i soggetti attivi del reato e la limitazione a quei casi di corruzione che causano danno alla società.

Quanto al D. Lgs. n. 38/2017, che recepisce la decisione 2003/568, è bene evidenziare sin da subito che l'obiettivo del legislatore delegato era quello di incidere in maniera definitiva sui vuoti finora evidenziati, conformando finalmente l'Italia alle richieste europee.

Innanzitutto, l'articolo 3 del Decreto Legislativo interviene sull'articolo 2635 c.c. includendo tra gli autori del reato, non solo coloro che rivestono posizioni apicali di amministrazione e di controllo, ma anche coloro che svolgono attività lavorativa mediante l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati.

È prevista, poi, la punibilità allo stesso titolo del soggetto "estraneo", ovvero di colui che, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altre utilità non dovuti a persone indicate nel primo e secondo comma.

Le nuove fattispecie così come modificate configurano un ampliamento delle condotte attraverso le quali si perviene all'accordo corruttivo, individuate, ora, anche nella sollecitazione e nell'offerta di denaro o altre utilità qualora non dovuti da parte del soggetto intraneo e dell'estraneo.

Ancora, la principale novità è rappresentata dall'eliminazione della relazione causale tra la condotta di trasgressione degli obblighi di ufficio e di fedeltà ed il nocumento alla società, nonché la necessità del compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio. Viene meno, in questo modo, la doppia causalità richiesta fino a quel momento ai fini della configurazione del reato.

Uno dei punti salienti di tale elaborato sono le modifiche introdotte dalla legge "Spazzacorrotti" n. 3/2019: la riforma introduce la procedibilità d'ufficio per le ipotesi di corruzione tra privati, andando a colmare uno degli aspetti maggiormente criticati in ordine alla normativa italiana in materia.

Come noto, prima di tale intervento la procedibilità era prevista a querela, ad eccezione dell'ipotesi in cui alla condotta corruttiva fosse succeduta una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

L'ultimo capitolo si conclude con la previsione di una nuova fattispecie incriminatrice rispettosa contemporaneamente sia dei principi fondamentali dell'ordinamento penale che

delle esigenze di efficacia ed effettività della tutela penale, in grado di descrivere un'offesa al bene giuridico così individuato.

Vero che il recepimento delle fonti sovranazionali non può tradursi in una pedissequa traduzione nel diritto interno del testo di una decisione quadro o di una convenzione. Si tratta di un processo di adattamento che tiene comunque conto delle peculiarità dell'ordinamento interno e della sua tradizione giuridica, sciogliendo al contempo dei nodi quali il problema dell'accertamento, la struttura del fatto tipico e la selezione dei soggetti attivi.

Si conclude così con la costruzione della fattispecie di corruzione privata come “reato unico a concorso necessario”, essendo una ipotesi criminosa la cui presenza di più soggetti è elemento costitutivo della fattispecie.

CAPITOLO I

FONTI INTERNAZIONALI ED EUROPEE DI CONTRASTO ALLA
«CORRUZIONE PRIVATA».

Sommario: 1. La prospettiva internazionale ed europea della corruzione privata: il bene giuridico protetto. – 2. Gli interventi dell’Unione Europea: dall’Azione comune del 22 Dicembre 1998 (1998/742/GAI) alla Decisione quadro del 22 Luglio 2003 (2003/568/GAI). – 3. La «Convenzione penale sulla corruzione» del Consiglio d’Europa. – 4. La Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione. – 5. Il problema del “ne bis in idem” nelle fonti europee ed internazionali.

1. La prospettiva internazionale ed europea della corruzione privata: il bene giuridico protetto.

Inizialmente gli interpreti internazionali si erano concentrati sulla forma pubblica del fenomeno corruttivo, solo in tempi più recenti è emerso un maggiore interesse nei confronti della “corruzione nel settore privato”.

La corruzione privata, comportando distorsioni in campo concorrenziale, provoca ripercussioni nel contesto del Mercato Unico Europeo, producendo danni economici attraverso una non corretta aggiudicazione e non corretta esecuzione dei contratti. Da ciò deriva l’attenzione prestata dal legislatore sovranazionale alla materia, che, in una prospettiva di armonizzazione, ha imposto una tipizzazione del fenomeno criminoso non scevra da criticità tra cui, in prima analisi, la difficile relazione con il criterio di ultima *ratio* proprio del diritto penale.

Se, tradizionalmente, il fenomeno corruttivo è stato eminentemente concepito come atto delittuoso da inquadrare nell’ambito dei pubblici poteri, in definitiva ha sempre costituito

uno sviamento nella realizzazione di interessi generali quale in particolare la tutela dell'ordine socio-economico. Dunque, anche per effetto di una profonda crisi economica, e in primo luogo a livello internazionale, è stato avvertito come impellente il bisogno di legiferare in materia con il fine di mitigare eventi criminosi capaci di incidere sulla libera concorrenza, crescita economica ed investimenti stranieri.

La definizione di "corruzione" ed i limiti entro i quali si incorre nella fattispecie di reato sono stati argomenti trattati da più autori.

In proposito, i giudizi non sono stati univoci. La dottrina maggioritaria, in ogni caso, è concorde nell'affermare che si tratti di un meccanismo costituito da un incatenarsi di fatti criminali difficili da "smascherare" perché fondati sul *pactum sceleris*.

Tale accordo fonda la relazione con il soggetto esterno con il quale il corrotto fissa, come controprestazione ad un'attività, comunque collegata con la propria funzione, una remunerazione indebita.¹

Se questo è il nucleo essenziale, molto più sfumati sono i margini delle condotte criminali contenute nelle norme di diritto penale sostanziale nei testi legislativi sovranazionali che, quali, *dictamen*, vengono trasfusi negli ordinamenti interni. A tal riguardo, altamente problematico e dibattuto è il catalogo dei beni giuridici che la norma incriminatrice di una condotta di corruzione privata può proporsi di proteggere, nonché dei caratteri strutturali delle fattispecie, questione, questa, che si lega all'osservanza del paradigma che vede il diritto penale quale *extrema ratio* dell'ordinamento.²

Sommariamente può individuarsi una suddivisione tra ipotesi delittuose volte alla tutela di interessi esterni alla persona fisica o giuridica privata, nella quale o per incarico della quale, l'agente opera; e quelle che valorizzano primariamente interessi interni.

Nel primo caso, il nucleo offensivo dell'incriminazione consiste nella lesione o messa in pericolo del bene collettivo "leale concorrenza" o di quello individuale "patrimonio altrui" senza che risulti comunque rilevante, per l'integrazione del delitto, il pregiudizio patrimoniale per la persona fisica o giuridica per la quale o nella quale il corrotto opera.

Nel secondo modello, pur se si orienta l'offesa a profili unicamente interni e di natura individuale, permane la possibilità di scelta relativamente alla classe di interessi da proteggere: da un lato la lesione della relazione di lealtà che intercorre nella gestione di interessi altrui; dall'altro il patrimonio di colui che ha delegato ad un altro soggetto la gestione dello stesso. Nel primo caso permangono aspetti concernenti la concezione

¹V. <https://www.filodiritto.com/il-contrasto-alla-corruzione-tra-privati-nello-spazio-di-liberta-sicurezza-e-giustizia>, par.1.

istituzionale dell'impresa, il cui carattere assoluto dell'offesa mal si accosterebbe con la previsione di perseguibilità a querela.

Partendo dalla prospettiva del principio di offensività, la dottrina ha assunto posizioni di contrasto circa l'intervento penale in materia ponendo in dubbio la stessa utilità fattiva della previsione.

Se si considera difatti il modello patrimonialistico, la fattispecie avrebbe natura di "*delitto ostacolo*"³ e la tutela del bene giuridico non giustificerebbe una siffatta anticipazione della protezione. Se al contrario si guarda al modello di protezione della concorrenza, di cui la stessa è proposito, ovvero sia la condizione di efficienza del mercato in chiave macroeconomica, la suddetta fattispecie dovrebbe assumere le vesti di delitto di pericolo astratto in quanto appare difficile, se non impossibile, che una singola azione corruttiva, ancorché sistemica, possa costituire pericolo effettivo per la struttura competitiva del mercato.

Infine, seppure sembri che il *plus* che caratterizza la corruzione risieda nell'«*immoralismo che caratterizza il fatto*»⁴, le stesse considerazioni possono essere applicate anche al modello c.d. "lealistico"⁵⁶. Anche qualora il fine sia di castigare la violazione di un dovere di fiducia, si tratterebbe di un intento moralizzatore del mercato, non altro che una pericolosa deriva etica del diritto penale economico.

Basandosi sul presupposto per cui la corruzione privata può essere definita, in termini generali, come qualsiasi comportamento scorretto che si compie nell'attività contrattuale, risulta palese l'attenzione prestata alla materia nell'ambito dell'Unione Europea, in particolare facendo ricorso agli strumenti normativi del "Terzo Pilastro"⁷.

Sul piano della ricerca delle fonti bisogna partire dall'approvazione dell'Atto Unico Europeo (1986); il cammino di cooperazione in materia penale e di polizia nell'Unione che concepì la protezione del Mercato Unico, e dunque della libera concorrenza, come obiettivi primari. Più tardi, in applicazione dei poteri concessi in ragione del disposto dell'art. 29 TUE (attualmente art. 67 TFUE), l'Unione, con il fine di tutelare lo "spazio di libertà,

³ G. DERASMO, *Corruzione tra privati, diritto penale e diritto penale europeo*, <https://www.filodiritto.com/il-contrasto-alla-corruzione-tra-privati-nello-spazio-di-liberta-sicurezza-e-giustizia>, par. 2.

⁴ A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, a cura di G. Zuccalà, n. 4/2007, 805.

⁶ Varie considerazioni del Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), che hanno come obiettivo il rafforzamento della capacità degli Stati membri nella lotta contro la corruzione.

⁷ L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e costituzione europea*, in AA.VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari - L. Foffani, Milano, 2005, 338. Sull'incidenza del Trattato sul diritto penale dell'Unione europea, si vedano le considerazioni di C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1146 ss.

sicurezza e giustizia”, ha condotto per un nucleo di delitti, tra cui la corruzione, un processo di armonizzazione normativa, nonostante permanga viva la critica relativa al “deficit democratico”, che rende ancora “sospesa” la legittimità di una *lex europea* legittimamente punitiva.⁸

Questo spiega una tendenza verso la globalizzazione dei mercati che abbia finito col rappresentare un volano per la diffusione dei fenomeni corruttivi (pubblici e privati) al di là dei confini nazionali, estendendone i «*effetti distorsivi della concorrenza al mercato europeo ed internazionale*»⁹.

Il ricorso allo strumento penale non è stata l’unica via tracciata per contrastare questi fenomeni. Si sta andando verso modelli integrati di intervento, nei quali il momento repressivo è affiancato e preceduto da tutta una serie di misure a carattere preventivo.

Nel contempo sono incentivate forme di collaborazione giudiziaria ed investigativa tra i vari Stati, al fine di combattere la corruzione nella sua dimensione transnazionale.

Questi profili sono particolarmente evidenti nella Convenzione ONU contro la corruzione del 31 Ottobre 2003, non a caso definito da *Transparency International* come uno strumento unico «*non solo per la sua estensione globale, ma anche per l’ampiezza ed il dettaglio delle sue disposizioni*»¹⁰.

Prima di passare in rassegna i principali strumenti di contrasto al fenomeno in questione, va segnalato come una crescente attenzione sia testimoniata anche da alcune iniziative a carattere non istituzionale. Il pensiero corre immediatamente al progetto accademico dei c.d. “*Eurodelitti*”, elaborato da un gruppo di studiosi europei coordinato da Klaus Tiedemann ed il cui art. 36 si occupa proprio della corruzione privata

2. Gli interventi dell’Unione Europea: dall’Azione comune del 22 Dicembre 1998 (1998/742/GAI) alla Decisione quadro del 22 Luglio 2003 (2003/568/GAI).

⁸ K. LÜDERSEN, *Funzionalità dei mercati finanziari e diritto penale dell’economia – La “crisi finanziaria” apre nuove prospettive di criminalizzazione?*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale, Actos del Convento de Modena* (20-21 marzo 2009), a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna, 2010, 289 ss.

⁹ G. M. FLICK, *Variazioni sul tema del diritto penale dell’economia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 56.

¹⁰

www.transparency.org/global_priorities/international_conventions/conventions_instruments/uncac, par. 1.

L'Unione Europea ha adottato una serie di atti, più precisamente documenti programmatici, intesi a stimolare risposte adeguate degli Stati membri al contrasto al fenomeno della corruzione privata. Essa, in particolare, in considerazione della dimensione sovranazionale che sta assumendo, in quanto collegata con il principio della libera circolazione delle merci e delle persone, rappresenta un aspetto particolarmente significativo.

A tal proposito, si ricorda che l'art. 29 TUE inseriva la corruzione peraltro, senza distinguere la forma pubblica da quella privata, tra le forme di criminalità, palesando la necessità di un'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri in proposito.

Sul punto, è intervenuta l'Azione comune del 22 dicembre 1998 (1998/742/GAI)¹¹, poi abrogata e sostituita dalla Decisione quadro del 22 luglio 2003 (2003/568/GAI).

Trattasi di interventi concepiti come «*mera azione comune*¹²» degli Stati membri, inseriti nel c.d. “Terzo pilastro”, quali misure valide per tutto il territorio europeo sotto forma di convenzioni, azioni e posizioni comuni.

Più specificamente, si trattava di strumenti di armonizzazione posti in una posizione intermedia tra quelli volti a completare iniziative assunte in sede di “primo pilastro” e quelli che coprono settori, (es. terrorismo internazionale, traffico di stupefacenti, criminalità informatica ecc.) che si collocavano al di fuori degli ambiti di azione della Comunità.

Le due disposizioni sopraindicate tendevano alla tutela di beni fondamentali della costruzione comunitaria, quali la concorrenza ed il buon funzionamento del mercato.

Gli atti normativi in questione avevano un'efficacia cogente piuttosto limitata, facendo

¹¹ Per una ricostruzione del contenuto si vedano L. BORLINI, *Strumenti ed iniziative di lotta alla corruzione nel commercio internazionale*, in AA.VV., *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, a cura di G. Sacerdoti, Milano, 2002, cit., 30 ss., nonché J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI-I. BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in AA. VV. *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli - L.Foffani, Milano, 2003. 52.

¹² L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e costituzione europea*, in AA.VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrani - L. Foffani, cit., 338. Da precisare che dopo le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam del 1997, le “azioni comuni” sono state sostituite dalle “decisioni quadro” quale più impegnativo strumento di «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 34, co. II, lett. B, TUE). Il quadro è nuovamente mutato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha eliminato la distinzione tra i c.d. “pilastri”. Sull'incidenza del *Trattato sul diritto penale dell'Unione europea*, si vedano le considerazioni di C. SOTIS C. *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., 1146. In argomento, anche, G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso - R. Sicurella, Milano, 2007, 673 ss.: ID., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2307 ss.; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2573, secondo cui la costruzione in pilastri appariva «artificiosa sul piano giuridico e funzionale esclusivamente a preoccupazioni di ordine politico».

sorgere solo quelle che sono state definite “*obligationes imperfectae*”¹³.

Tali erano, in sostanza, direttive vincolate quanto al «risultato da ottenere» che si avvicinavano al modello di tali decisioni quadro, ma per quali mancava uno strumento che consentisse, sulla base della procedura di infrazione prevista dagli artt. 266 ss. TCE, di sanzionarne la mancata attuazione¹⁴. L’inadempienza si rileva più sul piano politico che su quello tecnico-giuridico.

Le aperture sancite dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo¹⁵ sembravano indirizzarsi più agli strumenti volti a completare iniziative di armonizzazione assunte in sede di Primo Pilastro, piuttosto che agli interventi relativi a settori collocati fuori dagli ambiti di azione della Comunità, quali appaiono essere tanto l’Azione Comune 1998/742/GAI, quanto la Decisione quadro 2003/568/GAI.

Questo portò ad un regime derogatorio con riguardo a tali atti del c.d. “Terzo Pilastro”, impedendone ogni operatività in assenza di uno specifico atto di recepimento a livello nazionale, nonché ogni controllo sugli esiti e modalità di tale recepimento.

La sostituzione dell’Azione comune con la Decisione quadro del 2003 ha determinato un certo rafforzamento sul piano dell’efficacia giuridica, poiché non era più previsto il limite quinquennale stabilito dal primo dei due atti normativi.¹⁶

La Decisione quadro 2003/568/GAI ha la natura di una vera e propria direttiva dettagliata¹⁷.

¹³ F. VIGANÒ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione sempre più problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, 367, che sottolinea, ad ogni buon conto, la «notevole capacità di penetrazione negli ordinamenti interni» da parte degli strumenti del Terzo pilastro. In una prospettiva più generale mette in evidenza quanto siano cospicue le pressioni di fonte internazionale verso la criminalizzazione della corruzione privata, a fronte della «formale inesistenza di un obbligo in senso tecnico», A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in AA. VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella- M. Pelissero, Torino, 2013, 375.

¹⁴ A meno di non voler considerare la remota possibilità di attivare la procedura estrema prevista dall’art. 7 TUE per i casi di «violazione grave e persistente» dei principi fondamentali dell’Unione. Sul punto L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario*, 339, nt. 26. Per la tesi, rimasta invero minoritaria, dell’avvenuta “comunitarizzazione” del regime applicabile alle decisioni quadro, con conseguente possibilità di esperire le procedure di infrazione previste dal Trattato CE, laddove uno Stato membro non avesse adempiuto agli obblighi di armonizzazione, V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in AA. VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello- L. Paoli- J. Arnold, Milano- Freiburg i. B., 2000, 41 ss.

¹⁵ Tali aperture sembrano peraltro indirizzarsi più agli strumenti volti a completare iniziative di armonizzazione assunte in sede di Primo pilastro, piuttosto che ad interventi relativi a settori collocati fuori dagli ambiti di azione della Comunità, quali appaiono essere, almeno *prima facie*, tanto l’Azione comune 1998/742/GAI, quanto la Decisione quadro 2003/568/GAI.

¹⁶ L. SALAZAR, *Profili penalistici dell’attuazione in Italia delle convenzioni anticorruzione dell’OCSE e dell’Unione Europea*, in AA.VV., *Responsabilità d’impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, a cura di G. Sacerdoti, Milano, 2002, 140 ss.

¹⁷ R. ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. Pen.*, 2005, 544. In prospettiva più generale, sul crescente livello di dettaglio delle decisioni quadro, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria*

Essa, infatti, oltre alla descrizione di condotte costituenti fatti di corruzione nel settore privato, prevede altresì, la necessità prima, che tali comportamenti siano repressi con sanzioni che siano necessariamente «*effettive, proporzionate e dissuasive*» e, poi, ad imporre che le stesse abbiano natura penale e che siano «*privative della libertà personale per un massimo compreso tra uno e tre anni*» (art. 4, co. II), dell’Azione comune. Alla fine non è stata riprodotta la previsione di tale comma, che concede facoltà agli Stati membri di escludere il ricorso alla tutela penale per i casi minori di corruzione attiva e passiva nel settore privato.

Ciò dimostra che quest’ultima risulta uno strumento imprescindibile.

In sintesi, con tali interventi, il legislatore europeo ha realizzato un’opera di armonizzazione attraverso l’imposizione di vincoli tali da ridurre al massimo la discrezionalità degli Stati nelle scelte di criminalizzazione.

Più precisamente, la Decisione quadro ha risolto il problema del rispetto del principio di sussidiarietà penale nell’ambito dei singoli ordinamenti nazionali. Ciò significa che ogni singolo Stato doveva e deve far ricorso alla sanzione penale anche se all’interno del suo sistema esiste una forma di repressione anche di natura non penale.¹⁸

Esaminando la normativa europea suesposta, si nota la differenza nel novero dei destinatari a cui risultano essere rivolte le due disposizioni. L’Azione comune del 1998 faceva riferimento al «solo esercizio di attività imprenditoriali», mentre la Decisione quadro del 2003 è estesa a tutte le entità senza scopo di lucro.

Tuttavia, è necessario chiarire che, benché vi sia tale ampliamento, agli Stati membri è concessa la facoltà di limitare la penalizzazione alle «*singole condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo l’acquisizione di beni o servizi commerciali*». In ogni caso, questa riserva è temporalmente limitata a cinque anni, (peraltro non prorogata dal Consiglio).¹⁹

Un altro aspetto importante da considerare è che mentre l’Azione comune del 1998 limita l’obbligo di penalizzazione ai soli fatti che comportino o possano comportare distorsione di concorrenza, nella Decisione quadro del 2003 questo si estende a qualsiasi condotta anticoncorrenziale, anche di natura locale.

delle competenze dell’Unione europea in materia penale, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2608.

¹⁸ A questa conclusione giungono i compilatori dell’*European criminal policy initiative*, in *Manifesto sulla politica criminale europea*, pubblicato in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 1270. La versione multilingue del “Manifesto” è consultabile in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik*, 12/2009, (www.zis-online.com).

¹⁹ Lo rileva la Commissione nella sua Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale sulla Lotta alla corruzione, del 6 giugno 2011.

L’Azione comune considera che la corruzione altera la concorrenza leale e compromette i principi di apertura e di libertà dei mercati.

Addirittura, la Decisione quadro afferma che la corruzione, sia pubblica che privata, è «una minaccia allo Stato di diritto, poiché genera distorsioni nell’acquisizione di beni e servizi commerciali, ostacolando un corretto sviluppo economico»²⁰.

Ulteriore questione che si è posta in merito, e che si pone nell’analisi di qualsiasi fattispecie incriminatrice, riguarda il bene giuridico meritevole di tutela in quanto leso dagli effetti dannosi, anche indiretti, di tale fenomeno.

Senza dubbio, la corruzione diffusa genera diseconomie e turbamenti al sistema economico, pregiudicando il suo regolare funzionamento, ed inoltre mette a repentaglio l’esistenza stessa di un sistema democratico.

Non si può semplicemente ricorrere alla penalizzazione, se non a costo di tradire i principi ispiratori di un sistema criminale, nonché le istanze di garanzia proprie di un diritto penale autenticamente liberale.

Si impone dunque all’interprete e soprattutto, al legislatore nazionale, chiamato a tradurre in diritto interno le sollecitazioni europee, l’obbligo di operare una curata delimitazione e razionalizzazione degli obiettivi di tutela.

Inizialmente, si è concentrata l’attenzione verso la protezione della “concorrenza nelle relazioni private”²¹.

Tuttavia, strutturando la fattispecie penale in funzione della tutela di quest’ultima, si rischia di creare gravi effetti distorsivi verso le altre differenti tipologie di condotte di corruzione, seppure in via indiretta.

Non si può sicuramente porre l’interesse verso la protezione del patrimonio, come si evince dall’applicabilità della stessa riferita ad entità che non svolgono attività a scopo di lucro.

Non si riscontrano differenze per quanto riguarda la descrizione delle condotte, la cui punibilità è estesa, in entrambe le normative, a chi sollecita o riceve l’indebito vantaggio.

Sia l’Azione comune che la Decisione quadro mirano infatti a sanzionare il «promettere,

²⁰ In prospettiva più generale, la dottrina ha messo in guardia dal «rischio di una deriva simbolica, senza dubbio criticabile sul piano della costruzione teorica dell’intervento punitivo, in quanto recante una inevitabile marginalizzazione di ogni obiettivo di razionalità dell’intervento in termini di precisione e selettività dello stesso (tanto più inaccettabile a fronte della perdurante debolezza democratica dell’impianto decisionale europeo)». Così, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2617,

²¹ Ad una soluzione analoga perviene A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale*, Torino, 2005, 184.

Del resto che la tutela della concorrenza rappresenti il nucleo essenziale della Decisione quadro lo si evince chiaramente dalla circostanza che proprio la criminalizzazione dei fatti distorsivi della stessa rappresenta un risultato non differibile da parte dei singoli Stati.

offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere».

La normativa europea in questione limita la rilevanza penale alle sole condotte di corruzione privata propria ed antecedente. Non rileva, infatti, il compimento o l'omissione di un qualsiasi atto "prezzolato", bensì solo quelli posti in essere in «violazioni di doveri» e sempre che il *pactum sceleris* sia intervenuto in una fase antecedente al fatto²².

L'Unione europea demanda il compito ai legislatori nazionali per la delimitazione dell'elenco tassativo di tali doveri la cui violazione farebbe sorgere una responsabilità penale a titolo di corruzione privata e si limita a determinare gli *standard* minimi degli obblighi gravanti sui destinatari del precetto penale.

A ciò provvede l'art. 1 co. II della Decisione quadro, precisando che per «violazione di un dovere» si intende «qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito di un'attività di una "persona" che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato».

Sono queste le indicazioni minimali che offrono all'interprete un contributo certo non esaustivo nell'individuazione degli esatti confini dell'elemento dell'illiceità speciale.

In tal caso, la normativa europea rischia di mettere a repentaglio il principio di determinatezza, (e conseguentemente con quello di legalità).²³

A questo si aggiunge il carattere transnazionale del fenomeno in questione che aumenta le perplessità, rischiando di ripercuotersi anche sull'accertamento della colpevolezza.

Infatti, nel caso di corruzione tra Paesi diversi il rischio penale per il datore del vantaggio indebito dipende dalla violazione, da parte della controparte, di obblighi che comprendono sia «i rapporti giuridici dello Stato, sia i singoli obblighi contrattuali di colui che accetta il vantaggi»²⁴.

Nonostante le forti analogie tra la corruzione pubblica ed il modello di corruzione privata

²² Sotto questo duplice profilo si registra un sostanziale avvicinamento del modello della corruzione privata a quello che "va affermandosi a livello europeo, quanto meno nell'ambito del terzo pilastro" anche per la corruzione pubblica (R. ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile*, cit., 547). Del resto, lo stesso art. 5 del *Corpus Juris*, relativo all'ipotesi da ultimo menzionata, è strutturata nel senso di limitare la punibilità ai soli casi di corruzione propria antecedente. (Sul tema si rinvia a M. PELISSERO, *La norma della corruzione nel progetto di Corpus juris 2000: una chiave per l'armonizzazione europea?*, in AA.VV., *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di G. Fornasari- N. D. Luisi, Padova, 2003, 287 ss.).

²³ *European criminal policy initiative*, 1272, ove si sottolinea che «gli Stati membri non possono eliminare attraverso una formulazione più precisa delle loro leggi di attuazione».

²⁴ *European criminal policy initiative*, 1272.

delineato negli atti normativi europei, la tipologia di obblighi nell'ambito degli enti privati non include i doveri di imparzialità e correttezza tipici dei pubblici agenti; questo è valutato positivamente in quanto, sia pur minimamente, è rilevato nel rispetto del coefficiente di determinatezza della fattispecie.

La selezione dei doveri elencata nell'art. 1 della Decisione quadro rischia semmai di introdurre una componente ibrida nelle prospettive di tutela: la normativa europea pretende di tutelare la concorrenza con il rischio che non venga protetto contemporaneamente il corretto funzionamento del mercato nel momento in cui la corruzione non sia idonea a ledere gli interessi economici dell'imprenditore o dell'ente cui è fatto riferimento nell'illecito posto in essere.

La prospettiva di tutela interna concepita nel nostro ordinamento è forse legata ad una tipica logica di mercato che mira al perseguimento del proprio interesse personale a discapito del rispetto delle regole poste in gioco²⁵.

La legge si occupa di presidiare beni materiali, tralasciando ogni riferimento a principi cardine di un'etica di mercato.

Le perplessità in merito hanno spinto alla scelta, nel panorama europeo, di qualificare ulteriormente come "sleale" il comportamento concretizzatosi in una violazione di un dovere: una precisazione ridondante e ripetitiva ma che introduce una clausola restrittiva dell'ambito di illiceità del fatto corruttivo privato.

Il dettato normativo, in realtà, si presta ad essere diversamente interpretato, intendendo il riferimento alla "violazione dei doveri" come specificativo del carattere di "slealtà" del comportamento del corrotto e sganciando entrambi dal riferimento alla relazione interna all'ente, per ricondurli sul terreno della regolamentazione dei rapporti tra attori della concorrenza.

Onde evitare dubbi ermeneutici in merito, sarebbe giusto valutare che i singoli Stati membri evitino di introdurre il requisito aggiuntivo della slealtà²⁶.

L'art. 2 sembra tenere nettamente distinte le condotte dei due protagonisti del *pactum sceleris*; in ciò esso si discosta dal modello italiano di ricostruzione della fattispecie che configura la corruzione come reato bilaterale a concorso necessario, in cui sono puniti

²⁵G. M. ARMONE, *La corruzione nel settore privato*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, a cura di G.M. Arnone- B. R. Cimini- F. Gandini- G. Iuzzolino- G. Nicastro- A. Pioletti, 114 ss. Nello stesso senso, A. GILI PASCUAL, *Bases para la delimitacion del ambito tipico en el delicto de corrupcion privada*, in *Revista electronica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2012, 35, secondo cui il modello delineato dal legislatore europeo presenta un «oggetto di tutela bifronte».

²⁶S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, 2013, 65, ritiene che la slealtà possa essere assorbita dalla coscienza dell'illiceità del fatto.

congiuntamente ed a pari titolo sia il corrotto che il corruttore.

Né deve trarre in inganno il disposto dell'art. 3 della Decisione quadro, che obbliga ciascuno Stato membro ad adottare le misure necessarie affinché le condotte di istigazione e favoreggiamento siano punite come reato.

Inoltre, tali illeciti presentano un carattere di autonomia rispetto a quelli propri del diritto italiano.

Il legislatore europeo, infatti, parla di istigazione che equivale al «*concorso morale di un terzo rispetto alla promessa/offerta/dazione da parte del corruttore*»²⁷.

La condotta delineata dal nostro ordinamento integra un reato di mera condotta. Essa è caratterizzata dall'indurre taluno alla commissione o all'astenersi alla commissione di un fatto e per molto tempo.

A lungo la dottrina italiana non si è occupata della punibilità delle condotte di istigazione alla corruzione privata.

Una scelta che ha evitato un arretramento della soglia di intervento penale scarsamente giustificato in relazione alla natura degli interessi tutelati.

Per quanto concerne invece i soggetti chiamati a rispondere del reato di corruzione passiva, la cerchia risulta particolarmente ampia.

Essa, infatti, non include soltanto coloro che rivestono una posizione apicale nell'ambito di una società commerciale, ma si estende anche a coloro che prestano la loro attività lavorativa all'interno, o per conto di un'entità del settore privato.

Resta in ogni modo escluso il titolare dell'impresa, nonché quanti svolgono attività professionali in forma individuale.

Altro punto di contraddizione tra legislatore europeo ed interno è il riferimento al termine «*entità*», con la specificazione dell'ambito operativo del settore privato, quale precipua indicazione della realtà socio-economica entro la quale si opera²⁸.

L'indicazione del termine suesposto sembra determinare una somiglianza con il termine «*ente*», lasciando supporre una delimitazione del campo di azione ai soli «*enti astratti*», anche se non rientranti sempre in una forma giuridica societaria.²⁹

²⁷ Così, G. M. ARMONE, *La corruzione nel settore privato*, cit., 276. L'A. osserva inoltre, che «l'eventualità che la promessa o l'offerta non siano accolte dal funzionario, contemplata dall'art. 322 c.p. italiano, è già coperta dalla corruzione attiva di cui parla l'art. 2, co. I, par. a)».

²⁸ Sottolinea questa estraneità al mondo del diritto del concetto di entità, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 20, secondo il quale esso sarebbe più consono alle scienze esoteriche che giuridiche.

²⁹ Sembra ricondurre invece, alla nozione di entità nel settore privato solo le società commerciali, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 21. In realtà anche una fondazione o un'associazione rientrano a pieno titolo nel novero degli «enti astratti», così che non vi è ragione di escluderli dall'ambito applicativo della Decisione quadro, specie in considerazione del fatto che essa trova applicazione alle attività «*senza scopo di lucro*».

Questa considerazione finisce per tradire la *ratio*, sia perché, da un lato, si fa esplicito riferimento anche alle attività senza “scopo di lucro”, quali fondazioni ed associazioni³⁰, sia poiché, dall’altro lato, lascerebbe fuori, «*comportamenti corruttivi privati tenuti da soggetti che svolgono attività di affari senza schermo giuridico*»³¹.

Tale interpretazione più restrittiva rischierebbe di essere disfunzionale agli obiettivi di tutela globale contro la corruzione privilegiando invece, al contempo, la protezione ai valori di giustizia e di eguaglianza di trattamento³².

Da qui nasce l’esigenza dell’interprete nazionale di tradurre le indicazioni provenienti dal legislatore europeo in termini meno ambigui.

La Decisione quadro è integrata da una serie di disposizioni che completano la normativa stessa, facendo ricorso a strumenti analoghi: responsabilità delle persone giuridiche (con riferimento alla disciplina *ex dlgs* 8 giugno 2001, n. 231), sanzioni, competenza, attuazione e applicazione territoriale³³.

La norma in tema di corresponsabilizzazione di persone giuridiche, (art. 5), è compatibile con la previsione della Convenzione di Strasburgo e, contemporaneamente, si discosta dalla fattispecie prevista nell’Azione comune del 1998.

Infatti, mentre quest’ultima faceva riferimento alla sola responsabilità dell’ente per la corruzione attiva, la disciplina del 2003 richiama tutte le condotte descritte dagli artt. 2 e 3, integrando sia il fenomeno nella sua forma attiva che passiva.

Da sottolineare positivamente la volontà di non prendere posizione sulla natura della responsabilità dell’ente, dal momento che non tutti gli Stati membri giudicano il ricorso a pene criminali per le persone giuridiche, compatibile con il concetto della colpevolezza degli individui/persone fisiche.

³²E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 22, secondo cui la «prima soluzione privilegia il valore della *ratio legis*, la seconda appare più funzionale ai valori della giustizia e di eguaglianza di trattamento».

³³ Per un esame della disciplina V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 483 ss. In particolare, per quanto riguarda le sanzioni, la Decisione quadro non si limita a ribadire i tradizionali criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività, ma fissa anche la misura della pena minima detentiva, richiedendo agli Stati membri di adottare le «misure necessarie per assicurare per assicurare che le condotte di cui all’articolo 2 siano passibili di pene privative della libertà di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni» (art. 4, co. II). Oltre ad una serie di sanzioni a carattere interdittivo (art. 4, co. III). L’art. 7 è dedicato ai criteri di radicamento della competenza giurisdizionale, secondo una formula che ricalca quella adottata in analoghi strumenti. Gli Stati sono tenuti a rendere possibile l’esercizio della giurisdizione per i reati delineati dalla Decisione quadro secondo i criteri di territorialità, cittadinanza, vantaggio di una persona giuridica la cui sede principale è situata nel territorio nazionale. Quest’ultimo criterio risulta estraneo alla tradizione italiana, che non lo prevede né nelle norme del codice penale in materia di giurisdizione, né nel d.lgs. n. 231/2001.

Per quanto concerne le sanzioni penali invece, viene fatto espresso riferimento all'art. 6 quale clausola di esonero limitandosi solo all'applicazione degli strumenti pecuniari ed anche delle misure interdittive.

L'art. 9 indicava il termine - luglio 2005 - entro il quale doveva essere data attuazione alla Decisione quadro. Nonostante sarebbe stato opportuno effettuare l'armonizzazione delle normative interne, come era prescritto nello stesso art. 8, co. I, n. 1 dell'Azione comune del 1998, si è arrivati ad un'approvazione dell'atto senza una seria verifica di quest'ultimo³⁴.

In seguito, si è voluta ricercare una svolta nel ruolo del legislatore comunitario volto soprattutto ad una maggiore attenzione posta nella fase di verifica dell'implementazione della normativa degli ordinamenti interni.

Un primo segnale positivo è rappresentato dall'approvazione, il 18 giugno 2007, di una Relazione della Commissione al Consiglio a norma dell'art. 9 della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 Luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

Il documento ha esaminato la legislazione degli Stati membri al fine di saggiare il livello di recepimento delle indicazioni contenute nel citato strumento normativo di Terzo pilastro. La Commissione ha invitato gli Stati inadempienti a provvedere con maggiore celerità.

3. La Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa.

La *Convenzione di diritto penale sulla corruzione*, firmata a Strasburgo il 27 Gennaio 1999 ed entrata in vigore il 1 Luglio 2002, rappresentava e rappresenta uno strumento ambizioso teso a coordinare la penalizzazione di un gran numero di pratiche corrotte nonché il punto di approdo di un lungo processo promosso dall'ambito del Consiglio d'Europa e diretto a rafforzare la lotta contro la corruzione in ogni ambito della vita economica, politica e sociale. Essa è aperta anche agli Stati non membri, la cui applicazione verrà controllata dal "Gruppo degli Stati membri-GRECO".

La Convenzione *de qua* è stata ratificata con notevole ritardo, attraverso la l. 28 Giugno 2010, n. 110. Tale legge non introduceva modifiche dirette alla legislazione penale interna, ma determina il fondamentale effetto di rendere cogenti nel nostro ordinamento gli obblighi di incriminazione nella Convenzione, *ex. art.117 co.I, Cost.*

³⁴ Ed è quanto meno singolare il fatto che la Decisione quadro del 2003 si apra con una sorta di confessione circa un tale "inadempimento". Infatti, nei Considerando della stessa si legge che «non è ancora disponibile una relazione sul recepimento dell'azione comune nelle rispettive legislazioni nazionali da parte dei singoli Stati membri».

La corruzione, anche privata, mina quei valori, quali la fiducia e la lealtà, che sono indispensabili per «*mantenere e sviluppare le relazioni economiche e sociali*»³⁵. Inoltre, essa è vista come un fatto offensivo della “leale e libera concorrenza”.

Secondo i compilatori della Convenzione, la decisione di penalizzare queste condotte sarebbe una naturale conseguenza dei processi di privatizzazione e del conseguente trasferimento ad attori privati di numerose funzioni pubbliche.

Anche la Convenzione di Strasburgo è volta alla tutela di interessi di rilievo pubblicistico o superindividuale.

In numerosi atti, si afferma la centralità della società nel suo insieme quale bene giuridico protetto, anche in “assenza di uno specifico danno alla vittima”³⁶.

Gli artt. 7 e 8 delle Convenzioni definiscono la fattispecie della corruzione nella sua forma sia attiva che passiva.

In particolare, l’art. 7 obbliga gli Stati contraenti ad adottare le «*misure legislative o di altra natura necessarie per prevedere come illecito penale, conformemente al suo diritto interno, il fatto, allorché commesso intenzionalmente nell’esercizio della propria attività professionale, di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per altri, a qualsiasi persona che svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per, o per conto di, persone fisiche o giuridiche del settore privato, affinché essa compia od ometta un atto in violazione dei propri doveri*»; mentre l’art. 8 descrive la condotta di chi sollecita o riceve il vantaggio indebito.

Lo spazio applicativo della Convenzione si presenta più limitato rispetto a quello della Decisione quadro, in quanto l’ambito di operatività si estende alle sole attività commerciali, escludendo quella a finalità non lucrativa.

Tale clausola restrittiva è significativa poiché è indicativa della volontà di porre l’accento sul settore più colpito dalla fattispecie in questione.

Nonostante ciò, atti come il *Rapporto esplicativo*, riconoscono un’interpretazione estensiva del concetto di attività commerciale³⁷.

Chiunque può essere chiamato a rispondere di corruzione attiva (art. 7), a prescindere dal ruolo rivestito.

³⁵ E’ interessante notare come si ritenga che la corruzione privata provochi effetti lesivi anche a prescindere da specifici danni patrimoniali a carico delle vittime. Ciò giustifica la scelta di strutturare la fattispecie come reato di pericolo.

³⁶ E. LA ROSA, *La Cassazione interviene sui rapporti tra corruzione e comparaggio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1133 ss.

³⁷ E. LA ROSA, *La Cassazione*, cit., 1133 ss. Giudica questa limitazione coerente con l’idea che proiezione offensiva della corruzione privata si estenda ai valori di una sana e leale competizione economica. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., 494.

Destinatario di tale condotta illecita può essere solo chi riveste «*funzioni direttive o lavorative per conto di persone fisiche o giuridiche del settore privato*».

Tale espressione include ogni rapporto di tipo impiegatizio, anche soggetti “esterni”, (ad esempio, agenti e consulenti) e chi risulta essere investito di una funzione di vigilanza e controllo, (compresi i componenti del consiglio di gestione) sia nell’ambito organizzativo che contabile, purché siano in grado di impegnare la responsabilità dell’ente.

Seguendo l’orientamento proposto dal legislatore tedesco, la cerchia di individui tenuti all’osservanza della norma è piuttosto ampia, lasciando, tuttavia, fuori il titolare dell’impresa, (come pure soci ed azionisti).

Tale scelta però non sarà condivisibile, data l’incoerenza rispetto ai prefissati obiettivi di tutela. Essa sembra confermare la contaminazione della prospettiva di protezione della concorrenza, con un’attenzione al rapporto fiduciario tra *agent* e *principal* nel modello comparatistico³⁸.

Sono tre le condotte da punire delineate nell’art. 7: promettere, offrire e dare che fanno da *pendant* alle condotte della fattispecie nella forma passiva del fenomeno, di *sollecitare* e *ricevere* previste nell’art. 8.

Il *Rapporto esplicativo* illustra il contenuto di ciascuno di questi comportamenti.

Il promettere comprende la condotta con la quale il corruttore si impegna a corrispondere nel futuro; ossia quando l’atto sarà posto in essere, un vantaggio indebito; l’offrire evidenzia una disponibilità ad effettuare il pagamento in qualsiasi momento; il concedere allude ad uno scambio in atto.

Oggetto dello scambio illecito sono un qualsiasi vantaggio illecito e il compimento o l’omissione di un atto in violazione di doveri. In tal caso si rilevano le forme della c.d. corruzione propria.

Seguendo quanto disposto dal Consiglio d’Europa, si ritiene che si rilevino tanto vantaggi materiali quanto immateriali purché indebiti; dunque; qualcosa che il beneficiario non è legittimato ad accettare o ricevere, escludendo tanto quelli ammessi dalle leggi o regolamenti amministrativi, quanto i regali di scarso valore o quelli socialmente accettati³⁹. Nella nozione, rientrano tutti quei vantaggi sociali con ricadute patrimoniali anche mediate ed indirette, specificatamente la promessa dell’intervento *dell’extraneus*, al fine di favorire la progressione della carriera *dell’intraneus*.

Non è ostativo che l’utilità sia corrisposta a distanza di tempo dell’accordo corruttivo, salva

³⁸ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza del bene giuridico*, Torino, 2018, 54 ss.

³⁹ In tale senso si esprime, E. LA ROSA, *La Cassazione interviene*, cit., 1133 ss.

evidentemente la maggiore problematicità probatoria. Mentre nel caso di corruzione passiva propria antecedente è espresso il riferimento al vantaggio indebito «*per sé o per altri*», per la corruzione attiva non è esplicitata la possibilità che il vantaggio indebito possa darsi a favore di soggetti diversi dall'intraneo, in rapporto sinallagmatico, antecedente e concomitante (come rivelato dalle espressioni «*offre, promette o dà*»), rispetto alla violazione degli obblighi di ufficio e di fedeltà, secondo lo schema pubblicistico della corruzione attiva propria antecedente e concomitante.

Non sono presidiate da sanzione penale né la corruzione impropria, sia attiva che passiva, né quella propria susseguente. Soluzioni non scontate nel momento in cui il fatto si incentra sullo schema di tutela secondo il modello lealístico.⁴⁰

Il riferimento all' "atto" posto in essere in violazione dei doveri previsti, indica una similitudine con il modello di incriminazione proposto dall'ordinamento italiano, senza ulteriori precisazioni in merito a fonti e contenuti; un'omissione che potrebbe suscitare interpretazioni relative di questo elemento della fattispecie.

Qualche indicazione potrebbe rinvenirsi nel *Rapporto esplicativo*, ove si legge che non solo gli obblighi rilevanti sono quelli disciplinati dal diritto privato e dalle discipline contrattuali pertinenti, ma che il riferimento alla violazione dei propri doveri non si dirige solamente ad assicurare il rispetto degli obblighi contrattuali specifici, ma soprattutto a garantire che non si produca un dovere generale della lealtà rispetto agli affari ed interessi del proprio dante causa⁴¹.

La Convenzione inoltre comprende delle disposizioni relative al concorso in corruzione e altre che denotano i criteri per determinare la giurisdizione tra gli Stati, la responsabilità delle persone giuridiche, l'istituzione degli enti specializzati contro la corruzione, la collaborazione con le autorità incaricate delle indagini e dei procedimenti giudiziari, la raccolta di prove e la confisca dei proventi.

Essa prevede altresì un'accresciuta cooperazione internazionale, (mutua assistenza, estradizione e scambio di informazioni) ai fini delle indagini e delle incriminazioni per i reati di corruzione.

L'art. 18 disciplina la co-responsabilizzazione delle persone giuridiche per i reati di

⁴⁰ F. DI VIZIO, *La Corruzione tra privati e lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra la lealtà all'ente ed il funzionamento meritocratico del mercato*, testo della Relazione al Convegno "Il potere e la corruzione", organizzato dall' Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Rimini e dell'Ordine degli avvocati di Rimini e svoltosi a Rimini nei giorni 23 e 24 Novembre 2018, 16 ss.; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza del bene giuridico*, cit., 313 ss.

⁴¹ E. LA ROSA, *La Cassazione interviene*, cit., 1146 ss. In argomento, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI- I. BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione*, cit., 49, e V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., 493.

corruzione attiva commessi nel loro interesse o vantaggio. Il testo della norma non presenta significative differenze rispetto agli strumenti comunitari, se si esclude la mancata presa di posizione in merito al contenuto delle sanzioni da prevedere a carico della società.

Caratteristica generale della Convenzione è infatti la richiesta alle parti dell'adozione di «*sanzioni e misure effettive, proporzionate e dissuasive*», inclusa la limitazione della libertà personale (art. 19), fino all'estradizione, senza imporre limiti quantitativi e lasciare che «*ciascuna parte*» sia libera di adottare le soluzioni che ritiene più idonee al caso concreto ed opportune per il raggiungimento degli obiettivi indicati.

Inoltre, in base all'art. 37 della Convenzione, le condotte di corruzione nel settore privato sono quelle tra le quali è possibile per gli Stati membri riservarsi di non provvedere alla penalizzazione, a patto di dichiararlo esplicitamente all'atto del deposito degli strumenti di ratifica.

4. La Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione.

Un ulteriore contributo nella lotta contro il fenomeno oggetto della presente indagine si rinviene nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione che, come riferisce l'UNODC, è «*l'unico strumento anticorruzione legalmente vincolante, prevedendo già nel preambolo la centralità della materia trattata*».

Poiché diffuso su larga scala a livello transnazionale, è richiesta la collaborazione e l'adozione di diversi strumenti internazionali.

Le negoziazioni che hanno portato all'emanazione del testo attuale della Convenzione sono durate quasi due anni (dal gennaio 2002 all'ottobre 2003) in sette incontri dell'*Ad Hoc Committee for the Negotiation of the Convention against Corruption*.

Il prodotto delle trattative svolte è un trattato internazionale che conta ben 71 articoli, che è stato adottato dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 con la risoluzione generale 58/4, già firmata da un numero considerevole di Paesi tra cui l'Italia; (a quale, però, ha provveduto a ratificarla solo con la l. 14 Agosto 2009, n. 116) ed entrato in vigore nel dicembre 2005.

La Convenzione di Merida presenta delle disposizioni che possono essere suddivise in cinque sezioni:

- 1) Misure preventive: un intero capitolo della Convenzione, (il secondo), è dedicato alla prevenzione.
- 2) Criminalizzazione e forze dell'ordine: la Convenzione impone agli Stati di stabilire reati

per coprire una vasta gamma di atti di corruzione (se questi già non integrano gli estremi della fattispecie di reato prevista nel diritto interno).

- 3) Cooperazione internazionale: la Convenzione, in base al capitolo IV, obbliga gli Stati a fornire forme specifiche di assistenza giudiziaria reciproca nella raccolta e nel trasferimento di prove da utilizzare nei processi per estradare i trasgressori.
- 4) Recupero dei beni: punto saliente della Convenzione è il capitolo V, sul recupero delle attività. L'obiettivo è di restituire dei beni o qualsiasi altra utilità ai legittimi proprietari, compresi gli Stati, da cui erano stati prelevati illecitamente.
- 5) Assistenza tecnica e scambio di informazioni: si tratta di disposizioni che includono la formazione e l'assistenza tecnica, l'analisi di informazioni riguardanti la corruzione, la cooperazione per la lotta alla corruzione favorendo al contempo lo sviluppo economico.

Tra le disposizioni più importanti che maggiormente incidono dal punto di vista pratico nel diritto penale, vi è l'art. 31 della Convenzione suddetta. Infatti il suddetto trattato enuncia che:

«Ciascuno Stato Parte adotta, nella misura più ampia possibile nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, le misure che possono essere necessarie per consentire la confisca di:

- 1) proventi di reato derivanti da reati stabiliti in conformità con la presente Convenzione o beni il cui valore corrispondente
- 2) beni, attrezzature o altri strumenti utilizzati o destinati a essere utilizzati in reati stabiliti in conformità con la presente Convenzione.

Ciascuno Stato Parte adotta le misure necessarie per consentire l'identificazione, la rintracciabilità, il congelamento o il sequestro di qualsiasi oggetto di cui al paragrafo 1 del presente articolo ai fini di un'eventuale confisca.

Ciascuno Stato Parte adotta, in conformità con il proprio diritto interno, le misure legislative e altre misure che possono essere necessarie per regolare l'amministrazione da parte delle autorità competenti dei beni congelati, sequestrati o confiscati di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo.

Se tali proventi di reato sono stati trasformati e/o convertiti, in tutto o in parte, in altri beni, tali beni saranno soggetti alle misure di cui al presente articolo anziché ai proventi.

Se tali proventi di reato sono stati mescolati con beni acquisiti da fonti legittime, tali beni, fatti salvi i poteri relativi al congelamento o al sequestro, saranno passibili di confisca fino al valore stimato dei proventi mescolati.

Il reddito o altri benefici derivati da tali proventi di reato, da beni in cui tali proventi di reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali tali proventi di reato sono stati

mescolati sono anch'essi soggetti alle misure di cui al presente articolo, nello stesso modo e nella stessa misura dei proventi di reato.

Ai fini del presente articolo e dell'articolo 55 della presente Convenzione, ciascuno Stato Parte autorizza i propri tribunali o altre autorità competenti a ordinare che i registri bancari, finanziari o commerciali siano resi disponibili o sequestrati. Uno Stato Parte non potrà rifiutarsi di agire ai sensi delle disposizioni del presente paragrafo sulla base del segreto bancario.

Gli Stati parti possono prendere in considerazione la possibilità di richiedere che un autore del reato dimostri la legittima origine di tali presunti proventi di reato o altri beni passibili di confisca, nella misura in cui tale requisito sia coerente con i principi fondamentali del loro diritto interno e con la natura dei procedimenti giudiziari e di altro tipo.

Le disposizioni del presente articolo non devono essere interpretate in modo da pregiudicare i diritti di terzi in buona fede.

Nulla di quanto contenuto nel presente articolo inficerà il principio secondo cui le misure a cui esso si riferisce devono essere definite e attuate in conformità e soggette alle disposizioni del diritto interno di uno Stato-Parte».

L'impegno richiesto agli Stati per la lotta alla corruzione passa proprio da azioni dirette e concrete nonché di forte impatto. La legittimità e la conformità al diritto delle misure di congelamento, sequestro e confisca misure si basano su principi fondamentali di diritto processuale e sostanziale (come nel punto 8 e 9). In ragione di ciò, si rinvia ad una lettura del tema del sequestro e della confisca.

Nonostante la disposizione precisa in relazione al congelamento, al sequestro e alla confisca, vi è un problema di non poco conto in relazione alla Convenzione di Merida. All'articolo 2 della Convenzione si parla di termini usati. In questo articolo però, che si presenta con un elenco puntato, manca la definizione di corruzione mentre sono presenti altri termini più volte ricorrenti nel testo. I termini presenti infatti sono:

- Pubblico ufficiale: qualsiasi persona la quale detenga un mandato legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di uno Stato Parte, che essa sia stata nominata o eletta, a titolo permanente o temporaneo, che essa sia remunerata o non remunerata, e qualunque sia il suo livello gerarchico; qualsiasi persona che eserciti una pubblica funzione, anche per un organismo pubblico od una pubblica impresa, o che fornisca un pubblico servizio, così come tali termini sono definiti dal diritto interno dello Stato Parte e applicati nel ramo pertinente del diritto di tale Stato; ogni altra persona definita quale «pubblico ufficiale» nel diritto interno di uno Stato Parte.

- Pubblico ufficiale straniero: qualsiasi persona la quale detenga un mandato legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di un Paese estero, che essa sia stata nominata o eletta; e qualsiasi persona la quale eserciti una pubblica funzione per un Paese estero, anche per un pubblico organismo o per una pubblica impresa.
- Funzionario di un'organizzazione internazionale pubblica: funzionario internazionale od ogni altra persona autorizzata da tale organizzazione ad agire in suo nome.
- Beni: tutti i tipi di beni, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili od intangibili, nonché gli atti giuridici o documenti attestanti la proprietà di tali beni od i diritti relativi.
- Proventi del crimine: qualsiasi bene proveniente dalla commissione di un reato od ottenuto, direttamente o indirettamente, dalla commissione di un reato.
- Proventi del crimine: qualsiasi bene proveniente dalla commissione di un reato od ottenuto, direttamente o indirettamente, dalla commissione di un reato.
- Confisca: spossessamento permanente di beni per decisione di un tribunale o di un'altra autorità competente.
- Proventi del crimine: qualsiasi bene proveniente dalla commissione di un reato od ottenuto, direttamente o indirettamente, dalla commissione di un reato.
- Consegna sorvegliata: metodo consistente nel permettere l'uscita dal territorio, il passaggio attraverso il territorio, o l'entrata nel territorio di uno o più Stati, di spedizioni illecite o sospette, con la conoscenza e sotto il controllo delle autorità competenti di tali Stati, al fine di indagare su un reato e di identificare le persone coinvolte nella sua commissione.

Sono invece presenti in altre parti della Convenzione tutte quelle attività che sono collegate alla corruzione, come l'adozione di misure di riciclaggio in denaro, il traffico di influenze, l'abuso d'ufficio, l'arricchimento illecito, l'ostruzione alla giustizia, sia nel settore pubblico che privato, sia che si tratti di persone fisiche che giuridiche.

Al suo art. 21 la normativa si occupa proprio della Corruzione nel settore privato, stabilendo che: «*Ciascuno Stato adotterà le misure necessarie a prevedere come illecito penale, quando commesse con dolo nel corso di attività economiche, finanziarie o commerciali*»:

- a) La promessa, l'offerta o la dazione, direttamente o indirettamente, di un vantaggio non dovuto ad una persona che dirige o lavora, in ogni ruolo, per un'entità del settore privato, per sé o per un terzo, affinché, in violazione dei suoi doveri, compia od ometta un atto; La sollecitazione o l'accettazione di un vantaggio non dovuto da parte di chi dirige o lavora, in qualsiasi veste, per un'entità del settore privato, per sé o per un terzo, affinché in violazione dei suoi doveri, compia od ometta un atto».

Il par. b) disciplina la condotta del soggetto privato qualificato che, intenzionalmente,

sollecita o riceve, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio, per sé o per un terzo, al fine di agire, (oppure di astenersi dal farlo), in violazione dei suoi doveri, (*«in breach of his duties»*). Un elemento, quest'ultimo, non richiesto per la sua corruzione pubblica, e che, pertanto, contribuisce in modo decisivo a delineare il disvalore della fattispecie qui considerata. In sostanza, l'art. 21, lett. b) delinea l'illecito-tipo del "corrotto-privato".

Il fatto del corruttore (soggetto attivo anche non qualificato) è, invece, oggetto di disciplina al par. a); ossia, si tratta di una condotta della promessa, offerta o dazione, intenzionale, posta in essere direttamente o tramite un intermediario, di un vantaggio indebito, (per sé o per una terza persona) a ogni persona che dirige o presta la sua attività di lavoro, a qualunque titolo, in una società che opera nel settore privato, affinché questa persona agisca o si astenga dal farlo in violazione dei suoi doveri.

I contrasti sorti tra i Paesi dell'Unione Europea, supportati dai Paesi dell'America latina e di alcuni Stati Caraibici, e gli Stati Uniti, in merito all'opportunità di inserire nella convenzione una previsione in tal senso, sono alla fine sfociati nella considerazione del carattere non vincolante dell'obbligo di penalizzazione della *«Bribery in private sector»*.

La sua inclusione nel testo della Convenzione testimonia però anche la presa di coscienza della comunità internazionale, (quindi non solo a livello europeo), nei confronti della gravità del fenomeno della corruzione, anche nell'ipotesi in cui entrambi i soggetti coinvolti siano privi di una qualche qualifica pubblicistica.

Occorre sottolineare che manca però un'esplicita presa di posizione in merito agli interessi che si intenderebbero tutelare, in via specifica, attraverso la criminalizzazione della corruzione privata.

Ciò non significa che la *ratio* dell'intervento positivo non possa essere costruita con una certa precisione. L'impianto complessivo della convenzione, nonché il riferimento alle *«attività economiche, finanziarie o commerciali»*, paiono individuare nelle condotte previste nell'art. 21 un fattore distorsivo di una corretta allocazione delle risorse, capace di influire negativamente sul sistema delle transazioni commerciali internazionali e sul buon funzionamento del mercato. Tutto ciò ulteriormente precisato nel Preambolo della Convenzione, ribadendo il fine delle fonti sovranazionali analizzate.

Infatti, il panorama internazionale suggerisce l'adozione anche di mezzi repressivi della corruzione privata in funzione della tutela dell'efficiente e regolare funzionamento del mercato, al fine di evitare distorsioni della concorrenza.

5. Il problema del *ne bis in idem* nelle fonti europee ed internazionali.

Vale la pena appuntare la questione relativa alla possibile lesione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, in considerazione della coesistenza negli ordinamenti europei e nazionali di sanzioni amministrative e penali poste a protezione del medesimo bene giuridico.

Come osservato, infatti, a livello comunitario i delitti di corruzione privata hanno come finalità la tutela della leale concorrenza e, pertanto, operano nel medesimo terreno d'azione del Regolamento (CE) 1/2003, che ha novellato gli artt. 101 e 102 TFUE, esattamente denominati «*norme dell'UE in materia di concorrenza*».

Detto testo introdusse un sistema d'attuazione incentrato sull'applicazione diretta della normativa sovranazionale ad opera delle giurisdizioni interne e delle ANC (Autorità Nazionali Competenti) di ciascuno Stato membro, autorità queste indipendenti dagli esecutivi ed istituite in applicazione del medesimo strumento legislativo cui si riferisce.

In merito a quanto appena indicato, le ANC, di concerto con la Commissione, ciascuna limitatamente alla propria sfera di competenza, hanno il potere di imporre sanzioni pecuniarie per i casi di abuso di posizione dominante, operazioni di concentrazione ed in generale, qualsiasi tipo di comportamento condotto dalle imprese che sia idoneo a generare distorsioni del mercato influenzando la libera concorrenza e, dunque, tra le altre, anche le azioni corruttive, che producano vantaggi indebiti per le imprese, in nome e per conto delle quali si compiano⁴².

Si prevede poi che nella maggioranza degli Stati membri è concessa la possibilità di sanzionare le persone fisiche in caso di violazione della disciplina della materia di concorrenza, e dunque i medesimi agenti della condotta corruttiva sottoposta ad indagine. Avendo la Corte EDU chiarito che le multe antitrust posseggono il carattere di sanzioni penali e che si debbano comunque rispettare le garanzie previste *ex art 6 Cedu*, sembra indubitabile la messa in pericolo del diritto al *ne bis in idem*, in particolare quando la normativa europea lascia spazio all'incertezza giuridica, impiegando termini generici per differenziare i casi di applicazione della sanzione amministrativa piuttosto che penale.

Come in un effetto domino, tale indeterminatezza avrà conseguenze sulla normativa nazionale che traspone il testo comunitario, fatto questo che inevitabilmente complicherà l'applicazione della sanzione su scala internazionale.

⁴² K. LÜDERSSEN, *Funzionalità dei mercati finanziari*, cit., 289.

Sulla tematica è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione per porre fine ad un panorama di tutele differenziate, in particolare guardando al caso di *consecutio* tra procedimento amministrativo e processo penale, relativo allo stesso fatto ed alla medesima persona⁴³.

In primo luogo si tenga conto che a livello europeo si è affermato che, nella determinazione dell'identità tra più sanzioni, prima amministrativa e poi penale, relative allo stesso contegno, si deve valutare l'*idem factum* e non l'*idem legale*, in quanto indirizzo più favorevole al reo. In particolare, la Corte ha stabilito che il cumulo tra processi, sanzioni penali e procedimenti, sanzioni amministrative di natura penale, è ammissibile solo se finalizzato a ottenere un interesse generale, se è stabilito da norme chiare e dettagliate, se sussiste coordinamento tra i procedimenti per evitare gravami accessori e qualora si garantisca che il rigore del complesso delle sanzioni, sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del fatto illecito⁴⁴.

Infine, in un'altra occasione, la Corte di Lussemburgo ha affermato che se è vero che le Direttive, nel caso trattato, la 2003/6/GAI sull'abuso di mercato e attualmente le Decisioni Quadro chiedono agli Stati di prevedere sanzioni che siano effettive, proporzionate e dissuasive, è necessario rispettare la fermezza della cosa giudicata ed è opportuno applicare ad essa il *ne bis in idem*, in particolar modo se si tratta di sanzioni amministrative che abbiano un elevato grado di severità e per questo si classificano quali penali, come nel caso trattato, seguendo i presupposti criteri *Engel*. In ragione di ciò, come ha concluso la Corte, la prosecuzione del procedimento amministrativo volto alla condanna alla sanzione pecuniaria «*excede manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo*» di protezione del Mercato Unico ed è perciò contrario al principio di proporzionalità.⁴⁵

Brevi considerazioni sulla ricostruzione della fattispecie in esame.

Dunque, alla luce di tali considerazioni, valutando globalmente l'analisi sin qui compiuta nei precedenti paragrafi, si può affermare che si penalizza solo la corruzione propria

⁴³ C. BOLEA BARDON, *El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis*, in AA. VV., *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, a cura di A. Castro Moreno – P. Otero Gonzales – L.V. Graffe Gonzales, Madrid, 2016, 101 ss.

⁴⁴ J.L. DE LA CUESTA ARZAMEDI- I. BLANCO CORDERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit., 52.

⁴⁵ A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.* 2007, 805 ss.

attraverso fattispecie di pericolo astratto per le quali la formulazione dell'elemento soggettivo serve da contrappeso a delitti che si perfezionano indipendentemente dal compimento od omissione dell'atto da parte dell'agente corrotto, né tantomeno è necessario un successivo evento pregiudiziale, in quanto sarà sufficiente la promessa del beneficio indebito, ossia la conclusione di un accordo.

Il novero dei soggetti coinvolti comprende sia persone fisiche che giuridiche, sottoposte alla disciplina del dlgs. 231/2001.

In generale, la normativa europea persegue la protezione della leale concorrenza che già possiede tutela a livello amministrativo ed anche civile.

Per questo si ritiene che il ricorso alla sanzione penale possa porsi in contrasto con il principio di proporzionalità e non in linea con la logica di "intervento minimo" del diritto penale, eccetto l'ipotesi in cui si limita la sanzione ad una ristretta parte di tali eventi che posseggano un disvalore aggiunto, ossia l'aggressione ad un altro bene giuridico.

Data tale premessa, si potrebbe dire che i beni direttamente colpiti dall'atto corruttivo tra privati siano la fiducia e la lealtà nell'ambito del rapporto lavorativo o anche il patrimonio imprenditoriale, la cui tutela, d'altro canto, già risulta essere sufficientemente offerta rispettivamente dal diritto del lavoro e dal congiunto dei reati societari.

In dottrina, si parla appunto di "diritto penale simbolico", data non solo la scarsa applicazione pratica della normativa, ma anche dell'inefficacia pedagogica, posto che i soggetti attivi sono reticenti al «*messaggio esterno*⁴⁶».

⁴⁶A. L. CLERICI, *La corruzione tra privati*, Vivalvi, 2017, 68.

CAPITOLO II

LA TRAVAGLIATA STORIA DELL'ART. 2635 c.c.

SOMMARIO: 1. La travagliata genesi dell'art. 2635 c.c.: le novità introdotte dalla legge 6.11.2012 n. 190, dal D. Lgs 15.3.2017 n. 38 e dalla legge 9.1.2019 n. 3. - 2. Critiche e sollecitazioni per le modifiche. - 3. Le condotte punite. - 4. I soggetti attivi. - 5. Struttura del reato. - 6. Il dolo. - 7. Momento consumativo e tentativo. - 8. L'«istigazione alla corruzione tra privati» ex. art. 2635 *bis* c.c. - 9. Il regime di procedibilità. - 10. Il rispetto degli obblighi europei di armonizzazione.

1. La travagliata genesi dell'art. 2635 c.c.: le novità introdotte dalla legge 6.11.2012 n. 190, dal D.Lgs. 15.3.2017 n. 38 e della legge 9.1.2019 n. 3.

Originariamente l'art. 2635 c.c. regolava la fattispecie riguardante l'omissione di iscrizione nel registro delle imprese che veniva punita con un'ammenda.

Con la novella del 2002 fu introdotta una radicale modifica al precedente impianto degli illeciti penalmente rilevanti in materia di società e consorzi, (il Titolo XI era così rubricato).

Con tale novella l'art. 2635 c.c., rubricato «*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*», prevedeva la seguente incriminazione:

«Gli amministratori, i direttori generali, 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 fino a tre anni.

La pena si applica a chi dà o promette l'utilità.

Si procede a querela della persona offesa».

Alla novella del 2002 seguì quella della legge n. 190/2012, che ha sostituito, come segue, il contenuto dell'art. 2635 c.c. (rubricandolo «*Corruzione tra privati*»⁴⁷):

«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 altre utilità, per sé o per gli altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione da un anno fino a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altre utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri stati dell'unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. 24.2.1998 n. 58, e successive modificazioni; «si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi».

Il D.Lgs. 202/2016 ha aggiunto il seguente disposto:

«Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore alle utilità date o promesse».

Il D.Lgs. n. 38/2017 ha modificato i commi 1 – 3 e 6, come segue:

«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, 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 di violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto

⁴⁷ Tra l'altro, l'impiego del termine "corruzione" in un contesto non pubblicistico può dirsi del tutto inedito: un precedente si rinviene nell'art. 28, d.lgs. n. 39/2010.

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» (co. I),

«Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altre utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste» (co. III).

«Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità data, promessa e offerte» (co. VI).

Inoltre, ha introdotto l'art. 2635 bis come segue:

«Chiunque offre o promette denaro o altre 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.

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 altre 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 » .

Infine, ha introdotto l'art. 2635 ter, che pure si trascrive qui di seguito:

«La condanna per il reato di cui all'articolo 2635, primo comma, importa in ogni caso l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese di cui all'articolo 32-bis del codice penale nei confronti di chi sia già stato condannato per il medesimo reato o per quello di cui all'articolo 2635-bis, secondo comma».

Con la legge n. 3/2019, detta *Spazzacorrotti*, sono stati abrogati il quinto comma dell'art. 2635 ed il terzo comma dell'art. 2635 bis, cioè quelli regolanti la procedibilità a querela della persona offesa.

2. Critiche e sollecitazioni per le modifiche.

Così delineato il quadro normativo dell'art. 2635 c.c., si osserva che, con l'intervento del 2012, il legislatore, nel regolare meglio la repressione della corruzione nella Pubblica Amministrazione, non ha mancato di occuparsi del tema concernente la corruzione tra privati, e lo ha fatto riscrivendo l'art. 2635 c.c. in modo da venire incontro, sia pure in modo alquanto parziale, alle crescenti pressioni internazionali, manifestatesi attraverso le procedure di valutazione cui la legislazione italiana è periodicamente sottoposta.

Ed invero la Relazione della Commissione al Consiglio del 6 luglio 2011⁴⁸, aveva rilevato un insoddisfacente livello di recepimento della Decisione quadro 2003/568/GAI, con particolare riguardo: *«a) al mancato riferimento agli intermediari o a terzi come eventuali destinatari dell'indebito vantaggio; b) alla non inclusione tra i soggetti attivi di quanti svolgano funzioni lavorative al servizio di un'entità del settore privato; c) alla non menzione delle condotte di offerta (corruzione attiva) e sollecitazione (corruzione passiva); d) all'esclusione della responsabilità da reato della persona giuridica»* .

Cui si aggiunge: *«a) un'insufficiente estensione dei soggetti attivi; b) la mancanza di un'espressa menzione dell'ipotesi di utilità ricevuta; c) la carente descrizione delle condotte corruttive in termini bilaterali ("dazione" o "promessa", da parte del corruttore, corrispondenti alla "ricezione o accettazione della promessa", da parte del corrotto; d) la mancata espressa tipizzazione della corruzione commessa tramite intermediari; e) la carente indicazione della struttura di reati di evento di danno dei fatti incriminati, con consumazione subordinata alla produzione, a seguito della corruzione e della relativa esecuzione, di un "nocumento della società"; f) la procedibilità condizionata alla querela della persona offesa»*.

Le critiche e le sollecitazioni sollevate a livello europeo accompagnate da quelle della dottrina portarono alla riscrittura dell'art. 2635, così come prima riportato.

⁴⁸ Relazione della Commissione al Consiglio a norma dell'art. 9 della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta della corruzione nel settore privato.

Gli elementi di novità introdotti dalla l. n. 190/2012 sono quantitativamente numerosi.

Tale operazione ha determinato certamente una “svolta” nel contenuto e nella configurazione della fattispecie.

Un primo gruppo di modifiche investe aspetti puramente formali della disciplina previgente. Sono interventi che incidono sulla portata applicativa della fattispecie.

Appartengono a questa categoria:

- l’aggiunta del termine *denaro* (accanto alla *utilità*), oggetto del *pactum sceleris*;
- la specificazione che l’utilità può essere di terzi estranei al patto (*per sé o per altri*);
- l’esplicitazione della natura recettizia del rinvio dell’art. 116 del TUF;
- la riscrittura meno sintetica e meglio coordinata con il resto della norma, del co. II, ora diventato co. III, relativo al corruttore attivo.

Un secondo gruppo di modifiche assolve ad una finalità di raccordo sistematico e di razionalizzazione dell’intervento punitivo.

Si è proceduto a ridefinire il trattamento sanzionatorio della fattispecie di cui al primo comma, innalzando ad un anno il limite edittale minimo, in modo da renderlo più elevato rispetto a quello previsto per il delitto di «*Infedeltà patrimoniale*».

La portata di tale ultima innovazione comunque non va sopravvalutata, visto che si limita ad esplicitare soluzioni già ricavabili in via ermeneutica⁴⁹.

E’ semmai l’innalzamento del limite minimo edittale che, rendendo più equilibrati i rapporti con la finitima fattispecie dell’art. 2634 c.c., contribuisce a sciogliere taluni nodi irrisolti sul terreno del rapporto tra norme incriminatrici.

L’aver previsto un limite edittale di un anno, inoltre, serve a diversificare il trattamento sanzionatorio riservato agli “apicali” rispetto ai soggetti subordinati, la cui punibilità è introdotta con la l. n. 190/2012⁵⁰.

Un terzo gruppo di innovazioni prevede una maggiore rilevanza sostanziale. Si tratta in particolare di:

- l’allargamento della cerchia dei soggetti attivi;
- l’introduzione di una deroga alla procedibilità a querela, (poi abrogata);

⁴⁹ Secondo A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, (“*Corruzione tra privati*”), in *Giur. It.*, 2012, 2701, un possibile effetto della clausola di sussidiarietà espressa potrebbe consistere nell’impedire il possibile concorso reale con le fattispecie di corruzione di pubblici funzionari, suscettibili di essere integrate ogni qual volta il soggetto attivo del reato, pur operando in un contesto societario, rivesta al contempo una qualifica pubblicistica. Casi d’interferenza (se non di sovrapposizione) tra corruzione pubblica e privata, del resto, non sono sconosciuti all’esperienza italiana: basti pensare a quanto osservato in tema di “Comparaggio”, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza del bene giuridico*, Torino, 2018, 9 ss.

⁵⁰ A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

- l'inclusione dell'art. 2635 c.c. tra i reati presupposto della responsabilità diretta dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001;

- l'estensione della punibilità all'ipotesi di violazione, da parte di soggetti intranei, di «meri obblighi di fedeltà» (e non più di soli «*obblighi inerenti al loro ufficio*»).

Nonostante i limiti di fondo fossero gli stessi ravvisati e denunciati rispetto alla disciplina previgente, l'attuale assetto della fattispecie presenta profili di ancora maggiore incertezza e labilità⁵¹.

Ciò si ricava anche dall'ultima delle novità introdotte nel 2012: cioè la modifica della rubrica. Quest'ultima non introduce alcuna alterazione dal punto di vista interpretativo. Assume, però, una valenza simbolica in particolare sul piano politico-criminale.

Prevale il giudizio positivo anche sulla scelta del legislatore di ancorare esplicitamente il *nomen iuris* al concetto di “corruzione”, senza peraltro negarne la portata esclusivamente simbolica⁵².

Anche gli autori più propensi a vedere nella riforma del 2012 un affinamento della fattispecie dal punto di vista tecnico e politico-criminale ed a leggervi positivi segnali di apertura ad una significativa rilevanza penale della lesione della concorrenza hanno dovuto riconoscere che essa lasciava sostanzialmente inevase le più pressanti sollecitazioni degli organismi sovranazionali⁵³.

La stessa Commissione europea, invero, aveva giudicato la normativa italiana inadeguata ad assicurare «il pieno recepimento ed attuazione della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato⁵⁴».

⁵¹ A. ALESSANDRI, *I reati di corruzione e riciclaggio nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. Pen. Cont.- Riv. Trim.*, n. 3/2013, 135; A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2698; E. DOLCINI- F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, n. 1/2012, 246. Non convince il tentativo di giustificare la persistente opzione in favore di un modello d'incriminazione imperniato su un evento di danno richiamando l'analoga scelta compiuta dal legislatore in materia di revisione legale dei conti.

⁵² R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, 441; A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2698; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, n. 23/2012, 22; S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza “globale” e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione*, Roma, 2013, 233 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso- T. Padovani- A. Pagliaro, Milano, 2012, 312; E. MEZZETTI, *I reati societari*, in E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 220, giudica la precedente rubrica «più complicata e meno intellegibile».

⁵³ A. SPENA, *Corruzione tra privati*, in *Dir. Pen. Proc.*, suppl., *Speciale corruzione*, 2013, 43. Nello stesso senso, M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, in AA.VV., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. Del Vecchio - P. Severino, Padova, 2014, 65 ss.

⁵⁴ *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione- Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo*, COM (2014) 38 final, Annex 12, Bruxelles,

Sicuramente, però, non sono mancati specifici e concreti interventi correttivi in linea con le sollecitazioni sovranazionali.

Ciò vale, in particolare, con riferimento ai soggetti attivi del reato di «corruzione tra privati», anche se, in relazione all'autore individuale, continuavano ad essere esclusi quanti svolgessero la propria attività al servizio di entità del settore privato «*senza scopo di lucro*⁵⁵».

A marcare in maniera netta la distanza della fattispecie italiana dal modello tracciato dagli strumenti normativi sovranazionali era soprattutto la scelta di configurare la corruzione tra privati come illecito di danno.

Questa tradiva le indicazioni di tutte le fonti normative europee⁵⁶, che vanno nella direzione dell'anticipazione della tutela alla soglia del pericolo, quanto meno concreto.

Ad ogni buon conto, le esperienze maturate sull'applicazione della normativa di cui alla novella del 2012, le ulteriori critiche e sollecitazioni della dottrina, le direttive europee con la minaccia della procedura di infrazione, spinsero il legislatore italiano, a emanare la Legge delega n. 170/2016, il cui art. 19 ha fissato i seguenti principi e criteri direttivi:

«a) prevedere, tenendo conto delle disposizioni incriminatrici già vigenti, che sia punito chiunque promette, offre o dà, per sé o per altri, anche per interposta persona, denaro o altre utilità non dovuti ad un soggetto che svolge funzioni dirigenziali o di controllo o che comunque presta attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati, affinché esso compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio.

b) prevedere che sia altresì punito chiunque, nell'esercizio di funzioni dirigenziali o di controllo, ovvero nello svolgimento di un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, presso società o enti privati, sollecita o riceve, per sé o per altri, anche per interposta persona, denaro o altre utilità non dovuti, ovvero ne accetta la promessa, per compiere od omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio;

c) prevedere la punibilità dell'istigazione delle condotte di cui alle lettere a) e b);

d) prevedere che per il reato di corruzione tra privati siano applicate la pena della reclusione non inferiore nel minimo a sei mesi e non superiore nel massimo a tre anni

3 febbraio 2014, reperibile sul sito www.Ec.europa.eu. Il profilo di maggiore adeguatezza dell'ordinamento italiano è ritenuto quello dell'idoneità a contrastare la corruzione transnazionale.

⁵⁵ *Relazione dell'Unione*, cit., 14, inoltre, le nuove disposizioni «non definiscono in modo abbastanza ampio le cariche dirigenziali che possono mettere in gioco la responsabilità dell'impresa per reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza». Sennonché, una simile censura non sembra cogliere pienamente il senso delle novità introdotte, in materia di soggetti attivi, dalle l. n. 190/2012.

⁵⁶ Prende positivamente atto dell'art. 19, l. n. 170/2016 il GRECO nel suo rapporto pubblicato il 5 dicembre 2016.

nonché la pena accessoria dell'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività nei confronti di colui che esercita funzioni direttive o di controllo presso società o enti privati, ove già condannato per le condotte di cui alle lettere b) e c);

e) prevedere la responsabilità delle persone giuridiche in relazione al reato di corruzione tra privati, punita con una sanzione pecuniaria non inferiore a duecento quote e non superiore a seicento quote nonché con l'applicazione delle sanzioni amministrative interdittive di cui all'art. 9 d.lgs. n. 231/2001».

Il d.lgs. n. 38/2017 deve ritenersi che sia stato un intervento legislativo⁵⁷ che, a differenza dei precedenti, incide in maniera più significativa sulla struttura e sugli elementi costitutivi della fattispecie, cioè sia sul trattamento sanzionatorio sia sul piano degli interessi tutelati. La prima novità investe l'ambito di applicazione della fattispecie, esteso dalle società commerciali a qualsiasi ente privato, anche se l'espressione "ente privato"⁵⁸ risulta ambigua e, quindi, potenzialmente foriera di dubbi e controversie interpretative.

Ma in assenza di ulteriori indicazioni, pare doversi ritenere che la locuzione ricomprenda anche gli enti privi di personalità giuridica⁵⁹.

Cosicché si può affermare che l'unico requisito richiesto è la soggettività giuridica, potendosi prescindere dal riconoscimento giuridico, dall'autonomia patrimoniale perfetta, come pure dall'obbligo di registrazione o da specifiche finalità economiche⁶⁰.

Ciò trova riscontro nella modifica del Titolo XI che è rubricato «*Disposizioni penali in materia di società, consorzi ed altri enti privati*».

Le altre novità sono costituite dalle nuove condotte punite e dall'aggiunta di nuovi soggetti tra i possibili corruttori, di cui si parla nei capi seguenti.

3. Le condotte punite.

⁵⁷ Così, invece, R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 9, secondo cui, a ragionare diversamente si creerebbe un "mixtum compositum".

⁵⁸ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza del bene giuridico*, cit., 46.

⁵⁹ Sul punto, R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2007, 311, secondo cui il nuovo raggio di operatività dell'art. 2635 c.c. investe «tutti quei soggetti non necessariamente dotati di personalità giuridica, anche non svolgenti attività di tipo economico».

⁶⁰ 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, 756, che elenca come possibili esempi di «enti privati»: le società semplici, i consorzi con attività interna, le associazioni (riconosciute e non), le fondazioni, i comitati, riconosciuti e non) e gli enti *no profit*.

Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 38/2017 sono destinate innanzitutto a ripercuotersi sulla ricostruzione del bene giuridico tutelato.

Secondo una prima posizione dottrinale l'oggettività giuridica non doveva ritenersi limitata al patrimonio della società, dovendosi piuttosto identificare con «*l'interesse sociale alla correttezza e alla fedeltà degli organi di gestione e di controllo*» e quindi, col «*buon andamento societario che deriva dal rispetto dei doveri d'ufficio*⁶¹».

Si trattava di una ricostruzione fortemente influenzata dalla suggestione esercitata dall'originaria qualificazione del reato come di “*corruzione privata*”, definita con la riscrittura dell'art. 2635 c.c., del legislatore del 2012.

Secondo l'opinione prevalente l'art. 2635 c.c. era orientato in chiave di esclusiva protezione del patrimonio sociale.

Infatti, il «buon andamento societario» non assurgeva mai al rango di bene primario, restando funzionalizzato alla tutela del patrimonio della società⁶².

La considerazione è in linea con la Relazione ministeriale al D.lgs. n. 61/2002, che afferma come la fattispecie in esame fosse orientata in chiave di protezione del patrimonio sociale⁶³.

Tale conclusione non veniva ribaltata dalle novità introdotte nel 2012, benché qualcuno abbia visto nel nuovo art. 2635 c.c. la conferma della dimensione non esclusivamente patrimoniale degli interessi offesi ovvero l'apertura verso nuove prospettive di tutela.

Con le novità introdotte dal D.Lgs. N. 38/2017, le cose sono cambiate.

Infatti, tali novità hanno inciso sull'assetto degli interessi protetti dalla norma, determinando un vero e proprio mutamento di paradigma punitivo⁶⁴.

L'eliminazione dalla struttura della fattispecie del “*nocumento alla società*” e la conseguente anticipazione della soglia di rilevanza penale al momento della stipula

⁶¹ A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2008, 361. In senso conforme, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, a cura di C. F. Grosso, Milano, 2008, 450; A. CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, 181; G. SCIUMBATA, *I reati societari*, Milano, 2008, 132; L. D. CERQUA, *La corruzione tra privati*, in AA. VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, 151, per il quale il bene protetto va individuato «nell'interesse sociale alla correttezza e fedeltà degli organi di gestione e di controllo». Per una ricostruzione dell'oggettività giuridica in termini ancora più elevati, E. MEZZETTI, *I reati societari*, cit., 218, secondo i quali la norma prevede un'incriminazione di natura “poliedrica”, che tutela un “fascio di interessi” che vanno dalla salvaguardia delle funzioni di controllo e di certificazione della regolarità del bilancio e degli altri documenti contabili e societari, al profilo relativo al danno per l'affidabilità del management societario, per la sua credibilità sul mercato finanziario e imprenditoriale, per finire con la tutela del patrimonio sociale.

⁶² P. ALDOVRANDI, *Sub art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari. Commentario aggiornato alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. Lanzi - A. Cadoppi, Milano, 2002, 149.

⁶³ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 337.

⁶⁴ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministrazione di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 262.

dell'accordo corruttivo, comportano l'abbandono della prospettiva di tutela di interessi patrimoniali⁶⁵.

Inoltre, il disvalore del fatto si è concentrato sulla “*violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o agli obblighi di fedeltà*”. Conseguentemente il bene giuridico tutelato non può più identificarsi nel patrimonio della società, ma sulla relazione fiduciaria che lega i soggetti indicati dalla disposizione all'ente di appartenenza. Questa ricostruzione del bene giuridico tutelato trova conforto in una serie di elementi concordanti, tra cui il richiamo agli “*obblighi di fedeltà*” accanto agli “*obblighi inerenti all'ufficio*”.

In sostanza il tutto viene ricollegato al disvalore attribuito all'episodio corruttivo, in funzione della diversa qualifica dell'intraneo⁶⁶.

In particolare, la gravità del reato dipende dal diverso grado di adesione agli interessi dell'ente che è possibile pretendere in ragione della posizione occupata dal soggetto in seno all'organigramma della persona giuridica.

A tale logica sono poi ispirate tanto la limitazione della pena accessoria unicamente ai corrotti e non anche ai corruttori, quanto l'inclusione della sola corruzione privata attiva tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente⁶⁷.

Lo spettro di tutela della fattispecie continua a trascurare gli interessi esterni alla società o all'ente, come quelli di soggetti potenzialmente danneggiati dall'accordo corruttivo e della sua esecuzione.

4. I soggetti attivi.

⁶⁵ Il concetto di “*nocumento*” assume un significato ampio, riferito a qualsiasi pregiudizio alla sfera morale o personale oltre che patrimoniale, ovvero come effetto lesivo sia per gli interessi economici sia per l'efficienza, la credibilità e il prestigio di un ente o di una persona: sarebbero riconducibili a tale espressione non solo la lesione degli interessi patrimoniali della società medesima, ma anche altri ipotizzabili pregiudizi, non suscettibili d'immediata valutazione economica. Così, L. D. CERQUA, *La corruzione tra privati*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, 149; L. SCOPINARO, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 c.c.)*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, Milano, 2003, 320, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, cit., 457.

⁶⁶ S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 727, nota anche una «specularità tra la corruzione privata e la corruzione pubblica, anch'essa differenziata nella pena sulla base della qualifica dell'intraneo come pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio», mettendo, però, in evidenza, come nell'ipotesi qui considerata la soluzione appare più coerente con i diversi «obblighi di ufficio e di fedeltà gravanti sugli apicali e sui subordinati».

⁶⁷ 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, 754; S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., 728.

Il precetto descritto dall'art. 2635 c.c. ha un duplice ordine di destinatari: da un lato, i soggetti *intranei* della società, che accettano la dazione o promessa di utilità; dall'altro, chiunque “*dà o promette*” quest'ultima.

Si tratta di una fattispecie plurisoggettiva necessaria, cioè del concorso di condotte di almeno due autori, per uno dei quali non è richiesta una particolare qualifica soggettiva⁶⁸.

Rispetto alla fattispecie di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) si registra un ampliamento nel novero dei possibili soggetti attivi: non solo “*amministratori, direttori generali e liquidatori*”, bensì anche “*sindaci e responsabili della revisione*”, ai quali la l. n. 262/2005 aveva aggiunto i “*dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari*”⁶⁹.

La menzione dei sindaci non presenta profili di problematicità: l'inclusione dei responsabili del controllo interno è in linea con l'ampio spettro del fatto incriminato⁷⁰.

Con i responsabili della revisione, si intendono non solo gli amministratori, bensì anche i soci della società di revisione, purché iscritti nell'apposito albo.

L'inclusione di questi ultimi in tale novero si è posta in maniera insolita rispetto all'intero assetto della società.

Si tratta degli unici destinatari del precetto penale istituzionalmente esterni alla struttura societaria⁷¹.

Pare evidente come la funzione adempiuta dai responsabili della revisione non sia in ogni caso riconducibile alla tutela di interessi interni alla compagine societaria, dalla quale

⁶⁸ M. N. MASULLO, *Sub art. 2635 c.c.*, in AA. V.V., *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 2740; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 235; A. L. MACCARI, *Sub art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002, 156; P. ALDOVRANDI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV. *I nuovi reati societari. Commentario al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. Lanzi - A. Cadoppi, Milano, 2002, 150; E. MEZZETTI, *I reati societari*, cit., 217.

⁶⁹ Questa innovazione, che s'inserisce in un sia pur timido progetto di rafforzamento della tutela della correttezza dell'informazione societaria, va pure nella direzione di un ampliamento verso il basso della cerchia dei possibili destinatari delle tangenti; direzione già tracciata dagli strumenti soprannazionali esaminati da E. LA ROSA. *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza del bene giuridico*, cit., 96.

⁷⁰ L. FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 370; A. L. MACCARI, *Sub art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2005, 173; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 236; E. AMATI, *Le infedeltà*, in *I reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 438; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2005, 296. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 109. Così, E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2004, 240, nt. 148.

⁷¹ A.L. MACCARI, *Sub art. 2635 c.c.*, cit., 173; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 260. Sul punto, G. SCHIAVANO, *Il dirigente preposto alla redazione di documenti contabili societari: profili penalistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2008, 175.

sarebbe conseguita l'impunità del fatto ogni volta che esso non abbia comportato un documento per la società⁷².

L'inclusione dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili⁷³ tra i possibili soggetti attivi è stata giudicata «coerente con la sfera di attribuzioni conferite a tale nuova categoria di soggetti dalla legge per la tutela del risparmio, che li espone a possibili indebite collusioni con soggetti esterni alla compagine societaria⁷⁴».

Ancor prima dell'intervento normativo del 2005, la figura del dirigente contabile non era sconosciuta alla prassi dell'organizzazione societaria.

Assai frequente era ed è, che gli amministratori affidassero a particolari dipendenti dotati di specifiche competenze tecniche il compito di predisporre e redigere la contabilità.

Circostanza quest'ultima ammessa anche dai sostenitori dell'interpretazione più restrittiva, laddove sottolineano come una responsabilità penale dei dirigenti contabili fosse da sempre apprezzabile sotto il profilo del concorso negli illeciti commessi dagli amministratori.

Non si spiegherebbe il riferimento ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, operato dal legislatore nella descrizione della fattispecie di cui all'art. 2621 c.c. (così come novellato dalla l. 27 maggio 2015, n. 69), cioè con riferimento ad un delitto applicabile solo a fatti relativi a società non quotate.

L'assoggettamento a responsabilità penale del dirigente contabile operante al di fuori della società quotata, lungi dal rappresentare un'applicazione analogica in *malam partem*, costituisce la logica conseguenza del modello di tipicità delineato dagli artt. 15 e 30 della l. n. 262/2005.

Il D.Lgs. n. 38/2017, oltre ad estendere la punibilità dei fatti commessi ricorrendo all'ausilio di intermediari («anche per interposta persona»), ha arricchito il catalogo dei destinatari del precetto, includendovi quanti svolgano nell'ambito dell'ente privato «un'attività lavorativa con esercizio di funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo».

⁷² In tal senso, L. D. CERQUA, *La corruzione tra privati*, cit., 156.

⁷³ Su compiti e poteri del dirigente posto a capo della tecnostruttura che provvede alla redazione dei documenti contabili della società, si vedano, tra gli altri, A. ROSSI, *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e il sistema sanzionatorio*, in *Resp. Amm., soc. enti*, 2006, 4, 10 ss.; L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Le Società*, 2006, 401 ss.; A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in AA. VV., *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. Bertolino - G. Forti, Napoli, 2007, 965; M. IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 484 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2009, 387 ss.; P. VALENSESE, *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2016, I, 63 ss.

⁷⁴ L. FOFFANI, *Società*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo - C. E. Paliero, Padova, 2007, 2534.

Ciò si riferisce a quanti in concreto esercitino funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti tradizionali, ma pur sempre riconducibili alla fascia manageriale.

La norma sembrerebbe riferirsi a quanti operano mediante l'esercizio di funzioni direttive non apicali e non di *"direzione generale"*, posti in ruoli operativi *"più elevati"* rispetto a quello indicato nel secondo comma.

L'intento è quello di dare una più compiuta attuazione alle indicazioni della decisione quadro che tratta di *"funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo"*.

Il legislatore avrebbe ritenuto esistente una lacuna di tutela rispetto ad episodi corruttivi aventi come protagoniste figure dirigenziali diverse da quelle espressamente elencate nel co. I dell'art. 2635 c.c. ma rispetto alle quali non avrebbe potuto trovare applicazione il disposto del co. II.

Tuttavia, la novella legislativa non copre in assoluto il riferimento a tutte le figure che potevano ricoprire tali funzioni. Infatti, alcuni soggetti rivestono posizioni dirigenziali diverse da quelle elencate nella norma e sono comunque soggetti al controllo o alla vigilanza di uno degli individui indicati.

Lo scopo di tale intervento è quello di punire con un più repressivo trattamento sanzionatorio persone che, in merito a quanto previsto nel secondo comma del medesimo articolo, sarebbero sottoposti ad una meno severa disciplina penale.

Quindi, si è voluto determinare un'equiparazione tra i soggetti, che sia pur svolgendo mansioni direttive, rivestono ruoli non certo omogenei in seno all'organigramma societario.

La precedente novella (legge 190/2012) aveva inserito nel novero dei soggetti punibili per corruzione *«chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei soggetti indicati nel secondo comma»*.

La previsione è rimasta anche dopo la novella del 2017, anche se la delega non vi faceva espresso riferimento, ma la stessa deve ritenersi rispettata in virtù della previsione che la riforma deve avvenire *«tenendo conto delle disposizioni incriminatrici già vigenti»*.

L'ampliamento della platea degli autori del delitto di corruzione è uno dei punti peculiari da tenere in considerazione. Destinatari del precetto rimangono comunque i titolari di funzioni collocate nelle regioni apicali dell'organigramma societario, con conseguente esclusione dei semplici dipendenti e, più in generale, dei soggetti subordinati.

V'è da chiedersi, però, se la fattispecie si mantenga a soggettività ristretta nell'ambito societario o se l'impianto normativo non denoti un'apertura di applicazione dello stesso a soggetti che dismettano parte della loro autonomia a favore dell'ente.

Parte della dottrina è propensa a leggere la formula utilizzata dal legislatore come indicativa della necessità di un mero rapporto di subordinazione⁷⁵, non implicante un necessario vincolo di appartenenza alla compagine societaria: il reato può essere commesso da chiunque operi per la società in posizione subordinata ai soggetti apicali, a condizione che sussista un legame di fedeltà verso la medesima.

Un diverso orientamento ritiene, invece, che i concetti di direzione e vigilanza siano in qualche modo riferibili ai professionisti estranei alla società⁷⁶.

Nella loro absolutezza le due soluzioni appaiono insoddisfacenti.

Ed invero, l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato non pare condizione essenziale ai fini dell'inclusione nella cerchia dei soggetti indicati nell'art. 2635 c.c.

Diversamente la norma lo avrebbe stabilito espressamente.

Perciò, in tale novero, senza alcun dubbio, vanno ricompresi i lavoratori parasubordinati, il cui rapporto di collaborazione coordinata e continuativa pur senza vincolo di subordinazione consente loro di esercitare funzioni direttive.

L'art. 2635 c.c. introduce in sostanza un reato comune, in quanto la condotta tipica può essere posta in essere da "chiunque", senza il possesso di alcuna specifica qualifica.

L'uso del pronome indeterminativo fa presumere che il soggetto incluso debba comunque risultare inserito a vario titolo, in un organigramma societario.

Non sembrano dunque esserci ostacoli all'applicazione della fattispecie a soggetti interni della società che non rivestono alcuna delle qualifiche suddette.

Perciò anche i soggetti titolari di una delle qualifiche soggettive indicate dal primo comma possono assumere la veste di "corruptore" (per esempio questo avviene nel caso

⁷⁵ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 155, che registra come il diritto vivente «sembra orientarsi nel senso patrocinato dalla prevalente dottrina». Nello stesso senso, A. ROSSI, *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2008, 2, 179 ss., e F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 907, il quale ritiene che *de iure condito* si possa chiamare l'ente a rispondere del reato commesso da un soggetto "non strutturato" solo ricorrendo all'istituto della responsabilità concorsuale.

⁷⁶ S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., 717; nello stesso senso, già prima della novella del 2017, ID., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, 2013, 63. L'A. propone letture diverse in relazione al d.lgs. n. 231/2001 e dell'art. 2635, co. II, c.c., ritenendo che solo nel primo caso la formula della sottoposizione a direzione e vigilanza di un soggetto apicale includa anche soggetti non formalmente dipendenti della società. Interpretazione divergente anche in A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi*, cit., 308, che peraltro rileva come lettura sostanzialistica del nuovo art. 2635, co. II, c.c. determinerebbe un singolare effetto nel coordinamento con la disciplina del d.lgs. n. 231/2001, che annovera oggi tra i reati presupposto anche quello di cui si discute: i soggetti esterni alla società sarebbero sì individualmente responsabili del delitto di «Corruzione tra privati», ma la loro condotta non potrebbe comportare una deresponsabilizzazione dell'ente; tali soggetti non rientrano in alcuna delle categorie indicate dall'art. 5 d.lgs. n. 231/2001.

dell'amministratore che offre denaro ad un revisore o ad un sindaco allo scopo di ottenerne il silenzio).

Considerato, poi, il bene giuridico tutelato dalla norma (che si identifica oggi nella relazione fiduciaria che lega i soggetti elencati nel primo comma con l'ente di appartenenza), si è voluto procedere all'equiparazione sul piano sanzionatorio tra chi dà o promette l'utilità e l'intraneo che ne è il destinatario.

Per la verità ciò si era reso evidente già ancor prima della novella del 2017, quando la dimensione offensiva del reato era proiettata sul patrimonio della società.

Perciò sarebbe stato legittimo attendersi un trattamento più severo nei confronti di quei soggetti che sacrificano tale patrimonio per ottenere un vantaggio personale.

Tuttavia, va riconosciuto al legislatore della riforma che l'equiparazione del trattamento sanzionatorio è un dato ricorrente nelle fattispecie repressive di fatti di corruzione già presenti nell'ordinamento⁷⁷.

Considerando che ora la prospettiva della tutela è rivolta alla concorrenza e non al patrimonio della società, la scelta a favore di un livellamento del trattamento sanzionatorio si dimostra senza dubbio coerente.

5. Struttura del reato.

La struttura del fatto tipico del delitto in esame riproduce il nucleo essenziale delle condotte di corruzione pubblica.

Prima dell'intervento del D.Lgs. n. 38/2017, il fatto tipico appariva più articolato, frutto di una ricostruzione ridondante.

Infatti, era necessaria la dazione o la promessa di utilità a favore di uno dei soggetti qualificati, nonché la ricezione o l'accettazione della promessa da parte del soggetto passivo.

In conseguenza del *pactum sceleris* così contratto dalle parti, l'intraneo avrebbe dovuto, in violazione degli obblighi derivanti dal suo incarico, compiere od omettere un atto del suo ufficio, anche se l'atto non era sufficiente per integrare la fattispecie dell'illecito, essendo indispensabile il verificarsi di un nocumento alla società.

Tre erano i momenti salienti della struttura oggettiva del reato:

⁷⁷ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 265.

- a) la dazione o la promessa di utilità;
- b) il compimento o l'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio;
- c) il nocumento alla società.

Emergeva una struttura del fatto tipico di particolare complessità, destinata a riflettersi sul piano dell'accertamento probatorio, acuendo le ben note difficoltà connesse a tutti i reati a struttura bilaterale.

Occorreva, infatti, la dimostrazione dell'esistenza di un duplice nesso di causalità: cioè tra il *pactum sceleris* e il compimento o la omissione dell'atto in violazione degli obblighi, nonché tra questo e il nocumento alla società.

Con riferimento al primo, non bastava ad integrare il delitto, la circostanza che l'accordo illecito avesse preceduto il compimento o l'omissione dell'atto, ma occorreva pure dimostrare l'esistenza di un legame causale tra l'utilità e la condotta del cosiddetto *intraneo*.

Il legislatore insomma richiedeva espressamente che il comportamento dell'intraneo trovasse «*radice e ragion d'essere in quello dell'estraneo*». Non era sufficiente che l'utilità venisse offerta “*in occasione*” del compimento di atti, i quali, ricevessero impulso e motivazione da circostanze differenti da quelle descritte dall'art. 2635 c.c.

Si registrava, pertanto, uno scostamento forte rispetto al modello d'incriminazione proprio dei delitti di corruzione pubblica, nei quali non si richiede la verifica di alcun pregiudizio in capo alla Pubblica Amministrazione, né l'effettivo compimento dell'atto.

Questa difformità è stata ricomposta con la riscrittura dell'art. 2635, co. I c.c., da parte del D.Lgs. n. 38/2017.

Infatti, nella attuale formulazione, non solo non è indicato il “*nocumento alla società*”, ma anche il compimento o l'omissione dell'atto cessano di essere elemento del fatto tipico per diventare una mera proiezione finalistica dell'accordo corruttivo.

Alla semplificazione della struttura del fatto tipico si accompagna un ampliamento delle condotte punite.

Se nella sua originaria formulazione l'art. 2635 c.c. faceva riferimento alle condotte di “*dazione ricezione*” e di “*promessa/accettazione della medesima*”, oggi il catalogo si è arricchito del binomio “*offerta/sollecitazione*”.

Ora si tratta di verificare se le distinte condotte dell'intraneo e dell'estraneo diano luogo a due autonome figure di reato, ovvero se convergano entro un'unica ipotesi delittuosa.

La dottrina oggi maggioritaria è orientata verso la seconda soluzione, in quanto è unico il risultato verso il quale convergono le volontà ed i comportamenti tanto del corrotto, quanto

del corruttore. A ciò si aggiunge che le condotte dei due soggetti sono uguali, riducendosi entrambi ad un “*dare*” ed ad un “*avere*”.

Inoltre, l’introduzione dell’art. 2635 *bis* c.c. costituisce un’ulteriore ed indiretta conferma della natura di reato unico a concorso necessario della corruzione (tanto pubblica, quanto privata).

In tema di condotte punite vi è da osservare che, anche dopo le ultime modifiche, il legislatore italiano dimostra di voler mantenere ferma l’adesione a un modello mercantile di corruzione.

Ed invero, se prima della novella del 2017, il *pactum sceleris* aveva ad oggetto l’effettivo compimento o l’omissione dell’atto, oggi è sufficiente che quest’ultimo costituisca oggetto del dolo specifico, in linea con lo schema della corruzione propria prevista in ambito pubblicistico.

In conseguenza di tale scelta è da escludere la rilevanza penale di condotte di foraggiamento di soggetti *intranei* all’organigramma societario finalizzati ad ottenere un atteggiamento di favore in vista di future eventuali transazioni commerciali.

Il processo di allineamento della corruzione tra i privati alla corruzione pubblica si è fermato sulla soglia della corruzione propria. Continua ad essere penalmente irrilevante, ai sensi dell’art. 2635 c.c., una corruzione tra privati avente ad oggetto il corretto svolgimento della funzione o un atto conforme agli obblighi inerenti all’ufficio.

Il legislatore ha verosimilmente ritenuto non sussistente il rischio di una pericolosa dilatazione dell’area di punibilità, poiché un’efficace funzione di filtro può essere svolta dal *pactum sceleris*, che sta sempre alla base della “*violazione degli obblighi inerenti all’ufficio o degli obblighi di fedeltà*” (co. I, art. 2635, c.c.).

Quanto agli «*obblighi inerenti all’ufficio*», vengono sicuramente in rilievo gli atti normativi, quali lo statuto, fonte di disciplina specifica di gran parte degli obblighi e dei doveri gravanti sugli amministratori e sugli altri soggetti inseriti nelle varie articolazioni dell’organigramma societario. Inoltre, vanno comprese le regole contenute nelle procedure organizzative di cui la società è dotata che costituiscono obblighi legali se attuative delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 231/2001 o nel D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

A restare escluse sarebbero essenzialmente le norme etiche e le regole di corretta gestione non formalizzate in una forma scritta.

Quanto agli «*obblighi di fedeltà*», l’indicazione appare pleonastica atteso che è lo stesso fatto di avere ricevuto e/o accettato la promessa di “*denaro o altre utilità*” da parte di soggetto estraneo alla società per compiere un atto foriero di “*nocumento*” per la società medesima a concretizzare una violazione degli obblighi stessi.

Non senza considerare che è difficile giustificare l'esistenza di un obbligo di fedeltà, penalmente sanzionabile a titolo di corruzione.

Un tentativo di fornire alla formula un più saldo ancoraggio al diritto positivo passa attraverso il ricorso all'art. 2105 c.c., che si occupa proprio del rapporto di fedeltà gravante sul lavoratore subordinato nei confronti del datore di lavoro.

L'indirizzo giurisprudenziale dominante dilata i contenuti dell'obbligo di fedeltà del lavoratore oltre i casi di "*leale concorrenza*" previsti dalla norma suddetta, integrandoli attraverso il ricorso alle clausole generali della *correttezza* (art. 1175 c.c.) e della *buona fede* (art. 1375 c.c.), fino a ricomprendere ogni comportamento del lavoratore confliggente con le finalità e gli interessi dell'ente o comunque tale da incrinare il "*rapporto fiduciario*". La più plausibile spiegazione dell'innesto legislativo sta nella volontà di raccordare meglio la struttura del fatto tipico e la previsione, introdotta al co. II, relativa ai soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza dei soggetti apicali.

Spiegazione non del tutto esauriente in quanto gli obblighi di fedeltà trovano la loro fonte nello statuto o nella legge e sono già riconducibili alla nozione di "*obblighi dell'ufficio*". Insomma, il riferimento agli obblighi di fedeltà non aggiunge nulla che non sia già presente nella struttura della fattispecie.

6. Il dolo.

Il delitto di cui all'art. 2635 c.c., in precedenza, non aveva mai posto particolari problemi sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Il quadro può dirsi sostanzialmente mutato a seguito della trasformazione del delitto da reato di evento a reato di mera condotta con dolo specifico.

Notevoli perplessità sono sorte riguardo alla possibilità che il delitto sia commesso con dolo eventuale⁷⁸.

⁷⁸ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 238; A. MARTINI, *Commento sub Art. 2635 c.c.*, in *Leg. Pen.*, 2003, 529; L. D. CERQUA, *La corruzione tra privati*, cit., 152; A. GHINI, *Infedeltà dei sindaci a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Dir. Prat. Soc.*, 2005, 17, 28; P. ALDROVANDI, *Sub art. 2635 c.c.*, cit., 155; G. ANDREAZZA - L. PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizione per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità della pubblica amministrazione). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 novembre 2012, 17; A. ROSSI, *Illeciti penali ed amministrativi*, cit., 312. Un'imputazione a titolo di dolo eventuale si poteva avere nel momento in cui il pregiudizio alla società non fosse stato dall'agente previsto e voluto in forma piena, ma semplicemente accettato come probabile conseguenza della sua azione.

Infatti, potrebbe rimanere il rischio che finisca con l'affermarsi un'applicazione "disinvolta" della categoria del dolo eventuale tale da cagionarne una surrettizia trasformazione in mera colpa.

È il caso di aggiungere che, prima delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 38/2017, il suddetto rischio era in parte mitigato dalla constatazione che la particolare complessità del fatto punito finiva col riflettersi sull'oggetto del dolo.

Infatti, *l'extraneus* doveva essere consapevole di corrispondere o promettere un'utilità ad uno dei soggetti qualificati, affinché questi compisse od omettesse un atto del suo ufficio, e contemporaneamente doveva esservi il nocumento alla società.

L'intraneus, a sua volta, doveva sapere di ricevere l'utilità o la promessa per compiere od omettere un atto connesso con le funzioni svolte all'interno della società e doveva volere l'evento lesivo nei confronti di questa.

7. Il momento consumativo e il tentativo.

Prima dell'intervento legislativo del 2017, l'individuazione del momento consumativo è sempre stata particolarmente agevole, non presentandosi le annose questioni⁷⁹ che accompagnano la risoluzione del medesimo problema con riferimento ai delitti di corruzione pubblica.

L'inclusione del "nocumento" nella struttura del fatto tipico induceva a ritenere che solo con la verifica di questo poteva dirsi pienamente integrato il disvalore penale.

L'eliminazione del "nocumento" e l'individuazione della rilevanza penale a un momento anteriore a quello del compimento dell'atto esecutivo dell'accordo corruttivo fanno sì che oggi il problema dell'individuazione del momento consumativo della corruzione tra privati debba essere esaminato negli stessi termini con il quale si affronta sul terreno della corruzione politico-amministrativa.

Il legislatore ha valutato una duplice via da seguire: la prima, costruendo la corruzione tra privati attiva e passiva come due autonome incriminazioni; la seconda configurando il delitto di corruzione tra privati quale reato a concorso bilaterale necessario.

⁷⁹ Sul punto, M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 145; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, I, 220, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2013; C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, I, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci - E. Dolcini, Padova, 2013, 486.

Perciò rimane solo il problema di delineare il momento consumativo della fattispecie incriminatrice.

Orbene, ritenendo la corruzione come reato “a duplice schema”, esso, nella forma normale, si consuma con la ricezione del corrispettivo pattuito, mentre nella forma c.d. “contratta” sarebbe sufficiente l’accettazione della promessa.

Nel caso, invece, di promessa accettata e di successivo adempimento della medesima si registrerebbe uno spostamento in avanti del momento consumativo. Si tratta però di una ricostruzione che, per quanto comprensibile nella prospettiva di un allungamento nei termini di prescrizione, appare logicamente e dogmaticamente discutibile: ed invero se, ai fini dell’integrazione del contenuto minimo del fatto tipico è sufficiente l’accettazione della promessa, il successivo adempimento non può che rappresentare un *post factum* non punibile.

Strettamente connesso all’individuazione del momento consumativo è il problema inerente alla configurabilità del tentativo.

Se si considerano le condotte di chi dà o promette il denaro o altre utilità e di chi li riceve del tutto autonome ed integranti due distinte fattispecie di reato, non vi saranno problemi ad applicare a ciascuna di esse la clausola generale dell’art. 56 c.p., per punire tanto il tentativo di accettare la promessa o di ricevere la dazione, quanto l’ipotesi delle trattative tra intraneo ed estraneo non sfociate nella stipula del *pactum sceleris*⁸⁰.

Le cose si complicano laddove, in linea con l’orientamento dominante, si conclude per la natura di reato plurisoggettivo necessario.

Con riferimento ai delitti di corruzione politico-amministrativa, il legislatore ha da tempo preso espressamente posizione tramite la previsione dell’art. 322 c.p., ma l’annosa questione della punibilità del tentativo di corruzione in atti giudiziari testimonia come non tutti i nodi siano stati sciolti.

Sulla funzione dell’art. 322 c.p. e sulla possibilità di applicare l’art. 56 c.p. a tentativi unilaterali di corruzione, si sono formati due contrapposti orientamenti.

Il primo nega alla suddetta norma di parte speciale una valenza derogatoria rispetto all’art. 115 c.p.⁸¹, ritenendola piuttosto un’ipotesi di c.d. “*tentativo accentuato*”.

⁸⁰ Per questa soluzione, con riferimento ai delitti di corruzione politico-amministrativa, A. PAGLIARO- M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, 221 ss., e, più di recente, A. SPENA, *Sub art. 318 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. Ronco - B. Romano, Torino, 1495 ss. Con riferimento alla corruzione tra privati, F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, in [www.quotidianogiuridico](http://www.quotidianogiuridico.it). It., 2017, 11 ss.

⁸¹ M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti contro i pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 148 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 218 ss.

Il secondo orientamento nega la possibilità di una applicazione diretta dell'art. 56 c.p. per punire tentativi unilaterali di "corruzione": solo la presenza di una previsione espressa consente di punire le condotte istigatorie, superando lo sbarramento della non punibilità posto dall'art. 115 c.p.

Secondo parte della dottrina, le perplessità rispetto ai principi generali risulterebbero comunque minori di quelle suscitate dall'impunità riconosciuta ad un soggetto che, avendo posto in essere tutto quanto in suo potere perché il reato venisse a consumazione, finisce per non conseguire il proprio scopo per la resistente onestà del medesimo soggetto⁸².

Ma le preoccupazioni politico-criminali non possono giustificare l'evidente forzatura dell'art. 115 c.p. che dovrebbe comportare l'accoglimento della soluzione favorevole all'ammissibilità del tentativo.

Non resta pertanto che aderire al secondo indirizzo inteso ad escludere la punibilità del tentativo unilaterale⁸³.

8. L' «istigazione alla corruzione tra privati» ex. art. 2635 bis c.c.

Una delle novità più significative introdotte dal D.Lgs. n. 38/2017 è la previsione dell'art. 2635 bis c.c. che incrimina 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 ed 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... qualora l'offerta o la promessa non sia accettata* » con l'aggiunta al secondo comma che estende la punibilità « *agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci ed ai liquidatori, di società o di 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 una dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli*

⁸² Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1982, 264. Pervengono a tale ultima soluzione, sia pure nel contesto di una ricostruzione in chiave autonoma dei delitti di corruzione attiva e passiva, anche A. PAGLIARO- M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, 222. Sulle peculiarità derivanti dalla presenza dell'art. 322 c.p., rispetto all'applicazione dell'art. 56 c.p., A. SPENA, *Sub art. 318 c.p.*, cit., 1497 ss.

⁸³ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 272.

obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata».

La disposizione presenta la medesima struttura dell'art. 322 c.p., con l'ovvia esclusione dei riferimenti alle condotte di ricezione e di dazione e con l'aggiunta di elementi negativi rappresentati dalla mancata accettazione dell'offerta o della promessa (art. 2635 *bis*, co. I. c.c.) ovvero della sollecitazione (art. 2635 *bis*, co. II, c.c.) del denaro o di altra utilità.

Perciò può suscitare perplessità la scelta contestuale di dilatare il novero delle condotte incriminate *ex art.* 2635 c.c. all'offerta ed alla sollecitazione.

Ed invero considerando anche i rapporti tra l'art. 2635 e l'art. 2635 *bis* c.c., non si comprende come le condotte di offerta e di sollecitazione possano essere contemporaneamente in grado di consumare il delitto di corruzione tra privati, per poi degradare ad istigazione laddove si verifichi la mancata accettazione delle suddette offerta o sollecitazione.

In concreto, se è chiara la volontà del legislatore di escludere la punibilità del tentativo unilaterale commesso da o nei confronti dei soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di cui all'art. 2635, co. II, c.c., si deve convenire che le condotte di sollecitazione o di offerta consumano il reato solo se sfociano nella stipula di un accordo corruttivo.

Nel caso in cui l'offerta e la sollecitazione non siano state accolte, quindi, l'unica norma applicabile sarà quella dell'art. 2635 *bis* c.c., a condizione che le stesse siano venute a conoscenza del destinatario e risultino potenzialmente idonee a realizzare gli scopi che l'agente si propone⁸⁴.

9. Il regime di procedibilità.

La legge n. 3/2019 ha stabilito: *«Al codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) all'articolo 2635, il quinto comma è abrogato;

b) all'articolo 2635 bis, il terzo comma è abrogato».

In sostanza, nel primo caso, è stato eliminato il comma che recitava:

«Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e servizi».

Nel secondo caso è stato eliminato il comma che recitava semplicemente:

«Si procede a querela della persona offesa».

⁸⁴ 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, 765.

La riforma, in concreto, si riflette su tutte le ipotesi di corruzione, ivi compresa quella di istigazione alla corruzione tra privati.

Inoltre, il nuovo regime di procedibilità – anche se alcune parti politiche ne hanno fatto un cavallo di battaglia per ragioni propagandistiche – sembra ubbidire alle direttive sovranazionali che impongono agli Stati di adottare tutte le misure per combattere la corruzione tra privati, percepita come un grave strumento di alterazione della concorrenza. Ovviamente, prima di approdare alla detta riforma, vi sono state ampie riflessioni della dottrina, su opposti fronti, cioè su quello a difesa della procedibilità a querela di parte, e su quello che, invece, invocava il procedimento di ufficio.

In sede parlamentare la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, nel parere reso ai sensi dell'art. 31, l. 24 dicembre 2012, n. 234, auspicava il superamento della procedibilità a querela in favore di un generalizzato regime di procedibilità d'ufficio, anche al di là dei casi in cui dal fatto derivi una *“distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi”*. Un esito che si riteneva naturale conseguenza della trasformazione del delitto da reato di danno a reato di pericolo.

Ed il silenzio della legge delega n. 170/2016 sul punto era stato interpretato come possibile apertura verso un superamento del regime di procedibilità a querela. Se da un lato, invero, si continuava a nutrire l'esigenza di valorizzare lo scopo di dare attuazione a quanto previsto nella decisione quadro, dall'altro lato, interpretando l'inciso secondo cui le nuove previsioni devono essere inserite conto delle disposizioni incriminatrici già vigenti come espressivo di una mera esigenza di coordinamento con norme incriminatrici diverse dalla corruzione tra privati.

Perciò tale apertura era solo apparente se si considera il detto inciso secondo cui *«le nuove previsioni devono essere compiute tenendo conto delle disposizioni incriminatrici già vigenti»*.

In sostanza il legislatore delegante aveva ravvisato la necessità di non modificare il regime di procedibilità anche se si esponeva a considerazioni critiche.

Ed invero, non solo si trascurava una precisa sollecitazione degli organismi internazionali, ma si sottovalutava come, proprio la perseguibilità a querela, da sempre aveva rappresentato uno dei fattori che avevano ostacolato un'efficace ed effettiva applicazione della norma incriminatrice.

Perciò tali voci critiche hanno valutato con favore la novità introdotta dalla legge *“Spazzacorrotti”*.

Con ciò non può dirsi che siano stati dissipati i dubbi sollevati dalla corrente contraria di pensiero.

Al riguardo si osserva che la dottrina penalistica ha da tempo riconosciuto la natura polifunzionale dell'istituto della querela.

Non unica è la *ratio* che sorregge la scelta del legislatore di subordinare la concreta punibilità di un fatto alla proposizione della querela da parte del titolare dell'offesa, mutando la stessa a varie tipologie di reato.

Se per alcuni la querela è considerata uno degli strumenti volti ad ottenere una migliore soddisfazione dell'interesse leso, per altri sono i rapporti personali intercorrenti tra colpevole e soggetto passivo che suggeriscono di far dipendere la concreta punizione dalla volontà di quest'ultimo⁸⁵.

Per un ultimo gruppo il particolare regime di procedibilità (a querela) scaturisce dalla tenuità dell'interesse sociale alla concreta applicazione della sanzione, per cui la scelta di attivarne il procedimento di irrogazione doveva essere demandata al titolare del bene giuridico leso⁸⁶.

Quest'ultima tesi appariva la più ragionevole perché attribuiva alla querela una funzione di garanzia, laddove la società evidenziava il suo interesse a non procedere giudizialmente, con i rischi di ripercussioni notevoli sull'immagine. Sicché la scelta del legislatore fungeva da "*silenziatore*" per le vicende di malversazione degli amministratori infedeli.

Perciò era sembrato più logico supporre che il legislatore abbia voluto selezionare, nell'ambito delle possibili condotte lesive del bene giuridico così concepito, solo quelle più gravi, o comunque ritenute meritevoli di sanzione, affidando la scelta alla persona offesa.

10. Il rispetto degli obblighi europei di armonizzazione.

Esaurito l'esame dell'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 2635 c.c., così come modificata dalla l. n. 190/2012 e dal D.Lgs. n. 38/2017, nonché, per la procedibilità, dalla legge n. 3/2019, è ora possibile dare una risposta ad uno degli interrogativi di fondo: se, cioè, il legislatore italiano abbia fornito efficace ed esaustiva attuazione agli obblighi di

⁸⁵ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda - S. Seminara, Padova, 2002, 497. Condivide le critiche alla scelta del regime di procedibilità a querela, A. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, 121, secondo cui lo stesso rischia di «indebolire la appena "rafforzata", con l'opzione delittuosa, tutela penale». Analoghe osservazioni con riferimento alla *ratio* della punibilità sono svolte da A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo del diritto penale societario*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1550.

⁸⁶ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà* cit., 174. Individua nel regime di procedibilità prescelto un ostacolo posto dal legislatore alla concreta possibilità di colpire «comportamenti effettivamente dannosi per la società», A. GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2003, 450.

armonizzazione derivanti, in particolare, dalla Decisione quadro dell'Unione europea del 22 luglio 2003 e della Convenzione di diritto penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, sottoscritta a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

Gli interventi legislativi succitati rappresentano senza dubbio un passo in avanti nella direzione tracciata dalle fonti e degli organismi sovranazionali.

Sul piano soggettivo, si dilata la cerchia dei potenziali corruttibili e si estende l'ambito di applicazione della fattispecie delle sole società commerciali a tutti gli enti privati. In secondo luogo, si rafforza l'apparato repressivo sia per la persona fisica che giuridica.

Inoltre si incrimina il tentativo di corruzione, attraverso l'introduzione del delitto di istigazione alla corruzione tra privati. Ma è soprattutto nell'abbandono del modello del reato con evento di danno e nella conseguente anticipazione della soglia di rilevanza penale al momento dell'accordo corruttivo, che si coglie maggiormente lo sforzo del legislatore italiano di venire incontro alle sollecitazioni sovranazionali.

Al terzo tentativo si è riusciti finalmente a concepire una fattispecie che punisce effettivamente un episodio corruttivo in sé, e non un'infedeltà qualificata dalla corruzione⁸⁷.

Sul piano dei soggetti attivi, pur con la progressiva estensione della cerchia dei destinatari del precetto ad opera della l. n. 190/2012, prima, e del D.Lgs. n. 38/2017, dopo, non si registra ancora una perfetta coincidenza con quanto richiesto dalla Decisione quadro 2003/568/GAI⁸⁸. Un completo recepimento delle indicazioni in essa contenuta si avrebbe solo facendo riferimento al fatto commesso da chi svolge funzioni lavorative di qualsiasi tipo per conto dell'ente.

Quanto alla responsabilità da reato della persona giuridica, poi, si lamenta il mancato inserimento delle condotte di corruzione passiva tra le fattispecie di reato. Per quanto la lacuna non pare determinare un effettivo vuoto di tutela, non è escluso che sul punto possono giungere censure da parte degli organismi sovranazionali di controllo.

⁸⁷ Mettevano in evidenza come, anche dopo la riforma del 2012, la disciplina italiana fosse ancora lontana dai modelli di incriminazione che gli organismi sovranazionali indicano come necessari per un'efficace repressione della corruzione privata, tra gli altri, A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2701; A. ROSSI, *Illeciti penali ed amministrativi*, cit., 309; E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e leggi anti-corruzione*, in *Riv. Ir. Dir. Proc.*, 2013, 547; E. DOLCINI - F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit., 246; M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit., 66; R. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida dir.*, 2012, 48, ins. n. 13, XXXVIII, secondo cui si puniva «non la corruzione, bensì il comportamento infedele tenuto verso la persona giuridica nel quale si materializza quel conflitto di interessi di cui la corruzione è mero sintomo e che costituisce una sorta di requisito "ombra" della fattispecie di nuovo conio, allo stesso modo in cui lo era di quella precedentemente contemplata dall'art. 2635 c.c.».

⁸⁸ Per questa considerazione, sia pur con riferimento alla disciplina dettata dall'Azione comune del 1998, E. AMATI, *Le infedeltà*, in AA. VV., *I reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 438.

Ma sarebbe valido obiettare al riguardo che il legislatore italiano ha preferito optare per una ricostruzione unitaria delle condotte corruttive.

Infatti un integrale recepimento determinerebbe una forte anticipazione della soglia di rilevanza penale, con conseguente frizione rispetto ai principi fondamentali del nostro ordinamento.

Ad ogni buon conto, l'Autorità sovranazionale non potrà che esprimere soddisfazione per il recepimento delle procedibilità di ufficio prevista dalla legge n. 3/2019.

CAPITOLO III

LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE PRIVATA CON LA PREVISIONE DI UNA NUOVA FATTISPECIE GIURIDICA.

SOMMARIO: -1. Breve premessa. -2. La selezione dei soggetti attivi. -3. La punibilità dei soggetti “non apicali”. -3.1. Il problema della eventuale punibilità dei soci e dei soggetti “di fatto”. -4. La corruzione privata come “corruzione propria antecedente”: struttura dell’offesa e struttura del fatto tipico. Considerazioni preliminari. -4.1. *Segue:* l’alternativa tra pericolo astratto e concreto. -4.2. *Segue:* la soluzione del dolo specifico di “ulteriore offesa”. -5. Il carattere “proprio” della corruzione privata. La selezione dei doveri penalmente rilevanti tra efficacia ed esigenze di precisione. Il ruolo della c.d. *soft law*. -5.1 Rapporti con le fattispecie della «corruzione privata» già presenti nell’ordinamento. -6. I problemi connessi all’accertamento. -6.1. Meccanismi d’incentivo all’autodenuncia. -6.2. *Whistleblowing* -7. Il ruolo della persona giuridica tra prevenzione e repressione. -8. Considerazioni conclusive sulla proposta formulata.

1. Breve premessa.

La dottrina ha espresso seri dubbi sulla possibilità di avvalersi di mezzi diretti a reprimere la concorrenza leale in tema di scambi tra operatori economici, in quanto tale modello non garantisce con certezza il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico e le esigenze di efficacia della tutela che si vuole accordare ad un privato vittima dell’offesa e contestualmente, degli interessi diffusi della comunità.

Da qui nasce, dopo aver affrontato ed analizzato l’evoluzione della norma 2635 c.c. ed il passaggio dal modello patrimonialistico a quello lealistico, l’esigenza di costruire una nuova fattispecie⁸⁹ oggetto di tutela quale la “leale concorrenza” che reca, in ogni caso incertezza rispetto al modello di tipicità e conseguenti rischi di tensione con l’esigenza di precisione della fattispecie suddetta.

In tale costruzione è necessario effettuare un’indagine, in termini “positivi” che, sia in grado di delineare la fattispecie di corruzione come un’offesa al bene giuridico così individuato, e sia, nel contempo, rispettosa dei principi fondamentali dell’ordinamento penale e delle esigenze di efficacia e effettività della tutela.

⁸⁹ Sul punto, F. SGUBBI, *Tutela penale di “interessi diffusi”*, in *Quest. Crim.*, 1975, 469.

L'intento è quello di configurare la "corruzione privata" come "reato unico a concorso necessario" pressoché distante dalle fonti sovranazionali le quali delineano due autonome fattispecie incriminatrici quali la Corruzione attiva e passiva intese come due forme d'istigazione alla Corruzione, con conseguente anticipazione della soglia di rilevanza penale.

Tali modelli risultano distanti dal modello d'intervento italiano che non vuole essere una pedissequa riproduzione delle regole adottate negli altri paesi, in quanto è necessario un processo di adattamento alla nostra legislazione alle regole altrui, adattamento che tenga conto delle peculiarità dell'ordinamento interno e della tradizione giuridica italiana.

Tale obiettivo verrà esplicitato nelle pagine che seguono.

2. La selezione dei soggetti attivi.

Fatta questa breve premessa, risulta evidente che per la costruzione della tipicità del fatto costituente corruzione privata è necessario, innanzitutto, individuare i soggetti partecipi di quel fatto e, perciò, destinatari del precetto penale da elaborare.

In questo non può soccorrere la norma di cui all'art. 321 c.p., dettato in materia di corruzione pubblica, perché l'illecito è configurabile a prescindere dalla qualità dell'altro partecipante del *pactum sceleris*.

Infatti, non è detto che debba essere per forza un privato il soggetto corruttore del pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio. Le vesti di un corruttore, invero, potrebbe rivestirle un altro pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio⁹⁰.

Con riferimento alla corruzione privata, in ragione del bene giuridico tutelato, è stata effettuata una netta selezione dei soggetti attivi.

Una delimitazione era prevista dall'art. 29 della l. 21 febbraio 2008, n. 34, in forza del quale il latore della tangente doveva agire «nell'esercizio delle attività professionali», avendo quest'ultimo uno specifico interesse al compimento di un atto potenzialmente lesivo delle posizioni dei concorrenti⁹¹.

⁹⁰ P. T. PERSIO, *Il reato di corruzione tra privati nell'esperienza italiana e francese: modelli di tutela a confronto*, in *Cass. Pen.*, 2015, 4256, ritiene che quello previsto dall'art. 445-1 *Code penal* sia un reato comune.

⁹¹ Anche l'art. 29 della l. n. 34/2008 si muoveva lungo la medesima direttrice politico criminale, incriminando soltanto i soggetti esercenti «funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive per conto di un'entità del settore privato». La formulazione era da includere non solo soggetti apicali dell'organigramma societario, bensì anche i "subordinati" e finanche quelli non direttamente legati ad essa da un rapporto di lavoro dipendente. Si trattava di un notevole ampliamento della cerchia dei soggetti attivi, in parte recepito dalla l. n. 190/2012, in sede di riscrittura dell'art. 2635 c.c. In

Una precisazione analoga a quella riferita al corrotto, con la sostanziale differenza che il corruttore poteva agire in forma individuale.

Ora è vero che se si adotta il modello della concorrenza il ruolo di corruttore sarà di norma recitato «*da chi svolge un'attività imprenditoriale o professionale*», avendo costui uno specifico interesse al compimento di un atto potenzialmente lesivo delle posizioni dei concorrenti.

Una selezione *a priori* da parte del legislatore risulta però del tutto pleonastica: sarà la particolare struttura del fatto incriminato a fungere da filtro soggettivo.

V'è però da chiedersi se, una volta assunta la “concorrenza leale” come bene giuridico tutelato, una coerente attuazione del modello non imponga di includere anche l'imprenditore o il professionista tra i possibili destinatari del precetto. La constatazione che il medesimo fatto corruttivo possa risultare tipico se commesso da un dipendente o collaboratore d'impresa e atipico se posto in essere dal titolare mal si concilia con la scelta di quel modello di incriminazione della corruzione.

A maggior ragione se si considera la potenziale maggiore incidenza delle scelte del titolare d'impresa sul regolare dipanarsi dei meccanismi concorrenziali.

A favore dell'esclusione del titolare dell'impresa potrebbero militare considerazioni politico-criminali attente alle ragioni di un diritto penale minimo e del principio di proporzionalità dell'intervento punitivo⁹².

La scelta di restringere la cerchia dei possibili autori del reato consentirebbe di tenere fuori dall'ambito di applicazione della fattispecie le imprese familiari e quelle medio-piccole, nelle quali l'identificazione tra proprietà e gestione è pressoché assoluta.

Viceversa, nelle grandi imprese, strutturate in forma societaria, sarebbe improbabile ipotizzare una percezione di vantaggi indebiti da parte di tutti i soci (titolari) dell'ente; mentre se un amministratore riveste anche la qualifica di socio, il suo comportamento sarebbe comunque riconducibile al tipo descritto dalla nuova fattispecie incriminatrice. Chi

ogni caso, le indicazioni europee non venivano integralmente recepite, atteso che l'estensione verso il basso escludeva lo svolgimento di «funzioni lavorative meramente esecutive»: una limitazione non prevista dall'art. 2 della Decisione quadro 2003/568/GAI.

⁹² W. WINKELBAUER, *Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit*, in *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, 390, secondo cui, il titolare dell'impresa assumerebbe il ruolo di “istigatore” nel caso in cui consenta l'accettazione delle tangenti o addirittura dia esplicite indicazioni in tal senso; sarebbe “complice” nel caso in cui non intervenga per impedire il fatto. Nello stesso senso, I. NAVARRO FRIAS- L. ALERO BOSCH, *Corrupcion entre particulares y tutela del mercado*, in *Rev. Para el analisis de derecho*, ottobre 2011, 19. A tale impostazione, si può obiettare che è difficile ammettere una responsabilità concorsuale rispetto ad un fatto che se realizzato in prima persona non assume rilievo penale. Critico sulla percorribilità della soluzione concorsuale, B. FEIJOO SANCHEZ, *Imputacion objetiva, en el Derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido*, in *Perspectiva penal actual*, 2012, 63 ss.

si pone in tale prospettiva ritiene che la scelta di escludere il titolare dell'impresa non determini alcun significativo vuoto di tutela⁹³.

Le considerazioni appena esposte possono condividersi in relazione alle imprese organizzate in forma societaria e alla eventuale responsabilità dei soci. Non così per le imprese non organizzate in forma societaria.

Rispetto a queste ultime, l'assunto suindicato appare non veritiero, perché si basa su premesse criminologiche e politico-criminali alquanto discutibili: infatti la possibilità che anche i soggetti esclusi accettino "tangenti" per violare le regole della concorrenza nella scelta del contraente appare tutt'altro che remota; per di più, una volta assunta la concorrenza leale come oggetto di tutela della fattispecie di corruzione privata, la rilevanza dell'offesa non può dipendere dalle dimensioni dell'impresa, né dalla sua forma giuridica. Né è pertinente richiamare la libertà di iniziativa economica, garantita all'imprenditore anche dall'art. 41 Cost⁹⁴.

L'ordinamento non può imporre all'imprenditore un obbligo generale di gestire la propria attività economica in termini oggettivi, neutrali e in funzione della generale efficienza del mercato.

Nondimeno, l'iniziativa economica privata può (e deve) essere regolata, per evitare che si svolga in contrasto con l'utilità sociale e per garantire un'eguale libertà a tutti i potenziali operatori economici. Su di essi non incombe il medesimo dovere d'imparzialità che grava sui pubblici funzionari, ma sugli operatori economici, quali potenziali contraenti, in quanto sono pur sempre destinatari diretti delle norme sulla concorrenza⁹⁵.

Non sono mancati i tentativi di conciliare il modello di corruzione privata in funzione di tutela della "concorrenza leale" con la restrizione della cerchia dei possibili soggetti attivi⁹⁶. Il riferimento è all'impostazione dottrinale che giustifica la scelta di escludere il titolare dell'impresa dai potenziali autori del delitto di corruzione privata, sulla base di una

⁹³ A.GILI PASCUAL, *Bases para la delimitacion del ambito tipico en el delicto de corrupcion privada*, in *Revista electronica de Ciencia penal y Criminologia*, 2007, 22 ss.

⁹⁴ Ipotizzano il ricorso ad un simile argomento, in relazione all'ordinamento spagnolo, I. NAVARRO FRIAS-L.MALERO BOSCH, *Corrupcion entre particulares*, cit., 12 ss., che richiamano quell'orientamento secondo cui l'art. 38 della Costituzione spagnola tutelerebbe tutti gli aspetti relativi all'attività d'impresa, con la conseguenza che la criminalizzazione della corruzione dell'imprenditore sarebbe un'illegittima restrizione della sua libertà economica. Così, per esempio, M. CUGAT MAURI, *Corrupcion privada*, in J. BOIX REIG, *Diccionario de Derecho Penal Economico*, Madrid, 2008, 277.

⁹⁵ I. NAVARRO FRIAS-L.MALERO BOSCH, *Corrupcion entre particulares*, cit., 12. Nello stesso senso, M. S. GIL NOBAJAS, *El delicto de corrupcion en los negocios*, in *Corrupcion publica y privada y Estado de Derecho*, 2017, 580, che considera l'imprenditore primo e principale destinatario delle norme regolatrici della concorrenza.

⁹⁶ U. KINDHAUSER, *Voraussetzunge strafbaren Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, in *Zeitschrift fur Internationalr Strafrechtsgematik*, 6/2011, 467.

distinzione tra il piano del bene giuridico tutelato, da un lato, e quello delle modalità di aggressione, dall'altro: sebbene l'accettazione di tangenti sia diretta a ledere la concorrenza leale tanto se riguarda il titolare dell'impresa, quanto nel caso in cui coinvolga chi svolge *funzioni lavorative non meramente esecutive* per conto di essa, solo in questo secondo caso il fatto presenta quella struttura trilaterale che si ritiene tipica ed essenziale di ogni episodio corruttivo.

L'imprenditore può porre in essere condotte lesive della concorrenza, ma queste non assumerebbero mai la forma della "corruzione", e pertanto non sarebbero tipiche⁹⁷.

La sostenibilità di questa ricostruzione è condizionata dal concetto di corruzione su cui si fonda, ossia sull'assunto che la corruzione presupponga una relazione trilaterale tra il corruttore, il corrotto ed il suo dante causa.

Una relazione che sussisterebbe tanto nella corruzione politico-amministrativa, quanto nelle ipotesi di corruzione privata dei dipendenti e collaboratori dell'impresa; sembra che l'esistenza di una relazione trilaterale di natura contrattuale costituisca un elemento costitutivo essenziale del rapporto corruttivo.

Alla luce della definizione di "corruzione" accolta nel presente studio, tale deve essere considerata la condotta dell'imprenditore che riceva vantaggi ingiusti per violare i doveri impostigli in funzione della tutela dei principi della concorrenza, anche in assenza della lesione di specifici obblighi contrattuali assunti verso terzi.

Da ciò si potrebbe dedurre che non sia la concorrenza il bene giuridico tutelato dalla norma, o almeno non quello protetto in via principale. Dietro le affermazioni "di facciata" legate all'adozione del modello della concorrenza, riemerge un intervento penale costruito sulla tutela della relazione fiduciaria tra dipendente e datore di lavoro. Anche a non voler giungere a letture così radicali, è innegabile che in nessun ordinamento il modello della concorrenza abbia trovato una piena e razionale attuazione.

Occorre osservare che la concorrenza viene offesa quando il pagamento o la promessa di una "tangente" influenza una decisione in ordine alla compravendita di beni o servizi. La circostanza che a stipulare il *pactum sceleris* sia direttamente l'imprenditore piuttosto che un suo dipendente o mandatario è del tutto privo di effetti ai fini della lesione del bene giuridico. Pertanto, la scelta di limitare l'incriminazione della corruzione privata ai soli fatti commessi dai dipendenti non è giustificabile nell'ottica di tutela della concorrenza⁹⁸.

⁹⁷ U. KINDAHUSER, *Voraussetzungen strafbaren Korruption*, cit., 468. L'A. coerentemente ritiene che il consenso del titolare dell'impresa faccia venir meno la tipicità del fatto.

⁹⁸ Nello stesso senso, S. BURGER, § 299 StGB- *Eine Straftat gegen den Wettbewerb?*, in *Wistra*, 2003, 135. Fortemente critica in ordine alla scelta del legislatore spagnolo di escludere la punibilità del titolare d'impresa, M. S. GIL NOBAJAS, *El delicto de corrupcion*, cit., 580 ss.

Si tratta a questo punto di valutare l'opportunità di circoscrivere le realtà socio-economiche entro cui deve agire il potenziale percettore della tangente.

La Decisione quadro 2003/568/GAI fa riferimento a «*entità del settore privato*». Si valorizza l'assonanza semantica tra entità ed ente, delimitando il campo di azione della fattispecie alle persone giuridiche; o si estende l'ambito di applicazione a ogni soggetto individuale o collettivo operante nel mercato; o, ancora, si fa riferimento alle sole società commerciali.

La scelta di limitare la rilevanza penale alle sole condotte corruttive poste in essere da amministratori di un'impresa o società commerciale non risulta adeguata rispetto all'obiettivo di una efficace e completa tutela della leale concorrenza. Anche nella gestione di una fondazione o di un'associazione priva di scopo di lucro si realizzano processi di acquisizione dei beni o servizi soggetti alla disciplina della concorrenza.

E' plausibile ipotizzare che il pagamento di tangenti possa influenzare tali scelte contrattuali, alterando il normale decorso della concorrenza e recando un'offesa al bene giuridico di consistenza non dissimile da quella che i medesimi fatti determinano nel caso in cui il "corrotto" operi per conto di un ente con finalità lucrative. Escludere *a priori* queste ipotesi dall'ambito di applicazione della fattispecie determinerebbe un giustificato vuoto di tutela.

Per colmarlo, non si possono nemmeno seguire – come invece ha fatto il d.lgs. n. 38/2017⁹⁹ – le troppo generiche indicazioni del legislatore europeo; meglio indicare tassativamente i soggetti collettivi cui la norma intenda far riferimento, identificandoli con società commerciali, associazioni o fondazioni.

Il soggetto attivo della corruzione privata può essere definito come chiunque eserciti un'attività imprenditoriale o professionale, oppure svolga funzioni di amministrazione o di direzione di società commerciali, associazioni o fondazioni¹⁰⁰.

3. La punibilità dei soggetti "non apicali".

⁹⁹ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., 145 ss.

¹⁰⁰ Si potrebbe discutere dell'eventuale inclusione delle imprese pubbliche, di quelle private che prestano servizi pubblici, o, ancora, alle società miste pubblico-private (introdotte dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142 e oggi disciplinate dall'art. 113 TUEL), costituite tra enti locali, da una parte, e privati, dall'altra, per la gestione di servizi pubblici locale e che-come è noto- rappresentano solo una delle possibili modalità di erogazione del servizio pubblico previste dal co. V dell'art. 113. In argomento, M. REBECCA, *Corruzione tra privati: ambito applicativo e profili problematici*, Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" (Università di Padova, 29 settembre 2008).

La selezione dei soggetti attivi dovrebbe poi essere completata attraverso una specifica previsione normativa, assistita da una riduzione di pena, destinata a quanti svolgono attività lavorative non meramente esecutive alle dipendenze o per conto dei soggetti precedentemente individuati.

Una previsione di questo tipo:

- a) trova fondamento criminologico nella constatazione che anche soggetti collocati in posizioni non apicali nell'organigramma societario possono essere "corrotti" affinché condizionino processi di compravendita di beni o servizi;
- b) si giustifica, sul piano politico-criminale, con la necessità di attrarre nell'ambito di applicazione della disposizione i collaboratori degli imprenditori e dei professionisti che operino in forma individuale;
- c) soddisfa le indicazioni degli strumenti normativi sovranazionali, che fanno riferimento allo svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità nel settore privato.

Nello stesso tempo il riconoscimento di un'attenuazione della pena riflette il minor disvalore che connota la condotta dei soggetti "subordinati".

Con l'inserimento del titolare dell'impresa tra i possibili soggetti attivi si risolve normativamente la questione della rilevanza del suo consenso all'accettazione della tangente ai fini dell'esclusione della tipicità del fatto posto in essere dal subordinato¹⁰¹.

Del resto, essendo la "concorrenza leale" un bene esterno all'impresa, non sarebbe certo ipotizzabile un potere di disposizione del titolare.

3.1. Il problema della (eventuale) punibilità dei soci e dei soggetti "di fatto".

Altra questione dibattuta è quella dell'inclusione dei soci tra i possibili soggetti attivi del reato.

¹⁰¹ Negli ordinamenti che accolgono il modello lealistico, il consenso del datore di lavoro funge da causa di esclusione della tipicità del fatto, vero e proprio limite esegetico alla sua integrazione. In contesti ispirati al modello c.d. della concorrenza, la questione è ancora ampiamente discussa. Per la soluzione affermativa, U. KINDAHUSER, *Voraussetzungen strafbaren Korruption*, cit., 46, e W. WINKELBAUER, *Ketzerische Gedanken zum Tanntbestand der Angestellbestechlichkeit, kin Festchrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, 391, che riconosce efficacia giustificante al consenso dell'imprenditore ed esclude dal tipo i vantaggi ottenuti a favore di questo. Decisiva, secondo questo A., è l'assenza di una spiegazione razionale del perché il "principale" non è responsabile quando accetta direttamente tangenti da terzi, mentre lo sono i suoi "agenti" che accettano la tangente col suo consenso.

In particolare, la stessa è stata affrontata in materia di revisione legale nell'art. 28, co. II, d.lgs. n. 39/2010. In realtà, i soci non hanno, in ragione della esclusiva loro posizione, un potere di compiere atti dispositivi tali da condizionare il regolare dipanarsi dei meccanismi concorrenziali; essi non presentano un rapporto col bene giuridico tutelato tale da giustificare la loro inclusione tra i soggetti attivi di un reato di corruzione privata offensivo della concorrenza.

Non resta che considerare la posizione di quanti esercitino le funzioni di amministrazione o di direzione in via di fatto. La lesione della concorrenza può passare attraverso l'esecuzione di un accordo corruttivo che coinvolga soggetti privi di una legittimazione formale allo svolgimento di funzioni di amministrazione e di direzione di una persona giuridica privata. Vero che, una volta inserito tra i soggetti attivi l'imprenditore individuale, si sono risolte sul piano normativo alcune delle ipotesi di maggiore frequenza criminologica. Nondimeno, residuano situazioni nelle quali la norma non potrebbe essere applicata: si pensi al socio maggioritario che s'intrometta sistematicamente nella gestione delle società e condizioni, in cambio dell'accettazione di una tangente, la scelta di un determinato contraente.

Per i reati previsti dal Titolo XI del Libro V del Codice Civile, l'art. 2639 prevede un'espressa estensione della punibilità, avendo cura di precisarne i relativi presupposti.

La particolare natura degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice qui ipotizzata indirizza verso una collocazione sistematica diversa dal codice civile, rendendo inapplicabile la suddetta norma estensionale. Se non si vogliono lasciare *a priori* "i soggetti di fatto" fuori dal raggio di azione della corruzione privata, si aprono due alternative: l'inserimento della descrizione della fattispecie di un esplicito riferimento all'esercizio di fatto di amministrazione o direzione di una persona giuridica; oppure l'introduzione di una norma definitoria estensionale modellata sull'art. 2639 c.c., ma con un diverso ambito di applicazione.

Soluzioni entrambi inappaganti: la prima pecca di imprecisione, affidando alla discrezionalità del giudice la selezione dei presupposti in presenza dei quali l'esercizio fattuale delle funzioni acquista rilevanza penale; la seconda potrebbe determinare una moltiplicazione di modelli normativi di "amministrazione di fatto"; tale da suscitare contraddizioni e disorientamenti interpretativi ed applicativi.

Meglio limitarsi ad estendere al reato in questione l'ambito di applicazione della disposizione codicistica.

4. La corruzione privata come “corruzione propria antecedente”: struttura dell’offesa e struttura del fatto tipico. Considerazioni preliminari.

Ribadita la necessaria adesione alla tradizionale ricostruzione della corruzione come reato unico a concorso necessario ed individuata la cerchia dei possibili soggetti attivi, il passaggio successivo è la traduzione in termini positivi dell’offesa alla concorrenza leale realizzata mediante un episodio corruttivo.

Vanno evidenziati in particolare alcuni punti fermi.

Innanzitutto, deve essere escluso ogni rilievo penale di condotte di “mera accettazione di un’utilità indebita”, come pure di accordi corruttivi che abbiano ad oggetto atti conformi ai doveri al cui rispetto il percettore della tangente sia tenuto in ragione della posizione occupata in un mercato sottoposto alle regole della concorrenza.

Ammettendo la rilevanza penale di accordi corruttivi riguardanti il compimento di atti conformi alle regole della leale concorrenza si finirebbe col dare corpo ai timori di una deriva eticizzante prospettata in precedenza.

Stabilito che la corruzione privata non può che essere una “corruzione propria”, il passo successivo sarà quello di valutare come tradurre in termini “positivi” tale opzione politico-criminale.

Un secondo punto fermo è dato dalla necessità di considerare l’atto esecutivo dell’accordo illecito come connotato effettivo e non mera proiezione finalistica della condotta.

Su questo piano si deve registrare un elemento di emancipazione del modello di corruzione privata qui prospettato rispetto allo schema tipico dei delitti di corruzione pubblica.

In questi ultimi l’incriminazione è imperniata sulla stipula del *pactum sceleris*, mentre non si richiede la sua effettiva esecuzione; quest’ultima rappresenta l’oggetto del dolo specifico degli agenti.

La punibilità si riferisce quindi al compimento di un atto esecutivo dell’accordo criminoso, lasciando emergere un diverso grado di anticipazione dell’intervento penale nella corruzione privata rispetto a quella politico-amministrativa¹⁰².

¹⁰²Anche l’art. 29 della l. n. 34/2008, che mutuava, in larga misura, i contenuti della Decisione quadro 2003/568/GAI, riproduceva in maniera pressoché integrale lo schema del delitto di corruzione propria antecedente, ivi compresa l’anticipazione della tutela derivante dal fatto che il compimento o l’omissione dell’atto non è elemento costitutivo del fatto, bensì l’oggetto finalistico del dolo specifico. Sul punto, D. 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, 777.

Non si tratta di tradire il concetto di corruzione¹⁰³ quanto di modulare il grado di anticipazione dell'intervento penale in funzione della diversa consistenza dei beni giuridici offesi.

Le considerazioni esposte circa il problema del grado di anticipazione della tutela penale valgono ad escludere l'opportunità di un'incriminazione di condotte antecedenti alla stipula di un accordo corruttivo e che non attingano la soglia di rilevanza penale a titolo di delitto tentato.

Il d.lgs. n. 38/2017 si è mosso in direzione opposta in modo da estendere la punibilità delle condotte di «*offerta*» (sul fronte della corruzione attiva) e «*sollecitazione*» (dal lato di quella passiva) e, nello stesso tempo, ha introdotto un autonomo delitto di «*Istigazione alla corruzione tra privati*», (art. 2635 bis c.c.). In tal modo, il legislatore sembra assecondare tanto le indicazioni provenienti dall'art. 3 della Decisione quadro 2003/568/GAI, quanto dai periodici Rapporti GRECO; trascurando che tali sollecitazioni risentono della particolare costruzione della corruzione come risultato di due autonomi reati (corruzione attiva e passiva), laddove il nostro ordinamento sposa una concezione della corruzione quale reato unico a concorso necessario.

4.1 Segue: L'alternativa tra pericolo astratto e pericolo concreto.

Il vero nodo cruciale è, però, rappresentato dal necessario inserimento nella descrizione del fatto incriminato di un chiaro riferimento al profilo dell'offesa alla concorrenza leale. Prescindervi significherebbe schiudere le porte ad una dilatazione dell'ambito di applicazione della fattispecie, che tradirebbe tanto la funzione critica, quanto quella ermeneutica del bene giuridico.

La Decisione quadro 2003/568/GAI affrontava la questione, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di limitare la punibilità alle sole condotte di corruzione privata che «*comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali*». Soluzione pedissequamente ripresa nell'art. 29 della l. n. 34/2008¹⁰⁴, nel quale il riferimento alla «distorsione di concorrenza» era introdotto dalla congiunzione «*sempreché*».

¹⁰³ Secondo A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2007, 823 ss., invece, uno spostamento del baricentro dall'accordo corruttivo alla sua esecuzione tradirebbe la struttura tipica dei delitti di corruzione.

¹⁰⁴ Secondo M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato del "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 277, la soluzione accolta dalla Legge comunitaria 2007 teneva «conto di alcuni modelli normativi, che incentrano su tale evento il disvalore del fatto». Critico sulla scelta di non sanzionare l'accordo

In realtà, sembra possibile una qualificazione quale vero e proprio evento del fatto tipico¹⁰⁵. Verso questa conclusione, convergono tanto l'applicazione del parametro sostanziale, quanto quello del criterio strutturale. Quanto al secondo, è sufficiente valorizzare il legame di natura eziologica per qualificare la «*distorsione della concorrenza*» quale risultato della condotta. Sotto il profilo sostanziale, poi, la constatazione che la «*distorsione di concorrenza*» contribuisce in modo decisivo a qualificare il profilo dell'offesa esclude in ogni caso che si possa trattare di condizione di punibilità estrinseca¹⁰⁶; per cui, delle due una, o la si considera evento o la si qualifica come condizione di punibilità intrinseca: in entrambi i casi si applicherebbero le regole di imputazione soggettiva vevoli per tutti gli elementi del fatto tipico. La soluzione qui prospettata garantirebbe il rispetto dell'art. 27, co. I, Cost., pur sollevando a sua volta non pochi problemi sul terreno dell'offensività e dell'accertamento.

Tale formula si presenta imprecisa e ridondante allo stesso tempo.

Imprecisa perché non risultano del tutto chiari i requisiti in presenza dei quali si può parlare di una «*distorsione*» della concorrenza penalmente rilevante¹⁰⁷. Non solo, il tenore letterale dell'inciso non chiarisce in quale delle sue possibili accezioni la concorrenza viene assunta come oggetto di tutela. La «*distorsione della concorrenza*» senza ulteriori precisazioni potrebbe riferirsi tanto alla dimensione statica, quanto a quella dinamica. Risulterebbe elevato il rischio di contrasti interpretativi; questi ultimi potrebbero investire la stessa ricostruzione della struttura del reato.

Ridondante perché l'accostamento tra «*pericolo di distorsione*» e «*distorsione effettiva*» fa sì che la seconda risulti assorbita dal primo, tanto da potersi affermare che «*la pericolosità rappresenti la cifra offensiva propria del fatto incriminato*»¹⁰⁸.

L'anticipazione della tutela pare a in qualche modo eccessiva¹⁰⁹.

corruttivo in sé, «*ma solo e unicamente quel pactum che comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi*», V. MORMANDO, *PA: Punita la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2008, Dossier/4, 99 ss.

¹⁰⁵ Condivide la qualificazione qui accolta M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione*, cit., 277.

¹⁰⁶ A. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., 828 ss., nt. 43.

¹⁰⁷ Difficoltà acute dal ricorso all'espressione «*possano comportare*», che introduce un elemento prognostico nella struttura della fattispecie, sicura fonte di «*incertezze e distorsioni applicative*»: così, V. MORMANDO, *PA: Punita la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2008, Dossier/4, 99 ss.

¹⁰⁸ Così, A. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., 828 ss., nt. 43, con riferimento al disposto dell'art. 29 della l. 21 febbraio 2008, n. 34.

¹⁰⁹ A. GILI PASCUAL, *Bases para la delimitacion del ambito tipico en el delicto de corrupcion privada*, in *Revista electronica de Ciencia penal y Criminologia*, 2007, 35. Nella dottrina italiana, M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit., 68, ritiene che la conservazione dello schema di reato con evento di danno, per quanto non aderente ai suggerimenti comunitari ed internazionali, produce almeno un risvolto positivo, in termini di marcata determinatezza della figura criminosa.

Muovendo da una decisa valorizzazione della prospettiva del disvalore di evento, si è proposta la costruzione di un reato di danno, nel quale far assurgere a elemento del fatto tipico il pregiudizio subito dai concorrenti. Si osserva che con l'inserimento di un'effettiva «distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi», si conseguirebbe il «duplice effetto di evidenziare la portata offensiva del reato e di delineare una fattispecie chiara, intellegibile e, come tale, maggiormente efficace in sede applicativa»¹¹⁰.

Risultato che non si raggiungerebbe se ci si limitasse a richiedere il mero compimento dell'atto esecutivo dell'accordo criminoso¹¹¹.

In questo modo, il fulcro della tutela si sposterebbe oltre il confine dell'esecuzione del patto corruttivo, per colpire gli effetti che da questa derivano.

Senonché una fattispecie così costruita, oltre a reiterare le ambiguità semantiche sopra segnalate, porrebbe problemi di accertamento probatorio tali da paralizzarne ogni possibilità applicativa.

Non è un caso che, pure ove stato adottato, tale modello di tipizzazione sia stato successivamente abbandonato.

Crebbe in seguito ancor di più l'esigenza di predisporre una fattispecie che, sfuggendo ai rischi di una normazione esclusivamente simbolica, abbia effettive *chances* applicative; ciò impone di non allontanarsi dallo schema tipico della corruzione propria antecedente come reato di pericolo.

Il recupero di una chiara dimensione offensiva non può prescindere da un'anticipazione della tutela. A maggior ragione se si prende in considerazione la «capacità diffusiva dell'offesa»¹¹², legata alla particolare consistenza della “concorrenza leale” come ben giuridico.

Il problema è semmai quello del grado di anticipazione: a livello di pericolo astratto o pericolo concreto?

La soluzione della questione è condizionata dall'esatta individuazione del bene giuridico da proteggere e dalle prospettive politico-criminali che s'intendono perseguire. La scelta di un determinato modello di incriminazione dipende dall'accezione di “concorrenza” che si prende come punto di riferimento.

¹¹⁰ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit., 69.

¹¹¹ Sul punto, sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, *Prospettive di repressione penale della corruzione privata nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *Studi di diritto penale dell'economia*, a cura di P. Siracusano, Torino, 2007, 232 ss.

¹¹² F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 1992, 474. In argomento, anche D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milano, 1990, 11.

In chiave macroeconomica, in funzione di garanzia del regolare funzionamento del mercato, la tutela della concorrenza non può che passare dal modello dell'incriminazione del pericolo astratto, trattandosi non già di fenomeno suscettibile di riscontro empirico, bensì di una "qualità del mercato".

In quest'ottica, la lesione della concorrenza non è un *quid* ulteriore rispetto alla stipula dell'accordo corruttivo ed alla sua esecuzione, ma si riduce a «criterio meramente descrittivo dell'essenza lesiva della corruzione», da concepire come «un pericolo astratto, connesso alla corruzione in atti aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi»¹¹³, che si risolve nell'alterazione delle regole del funzionamento del mercato. In buona sostanza, sarebbe sufficiente ai fini della sussistenza del reato dimostrare una generale pericolosità della condotta corruttiva: in un contesto di mercato concorrenziale, infatti, i patti corruttivi, strumentali allo sviamento delle decisioni commerciali rappresenterebbero *ipso facto* distorsione della concorrenza.

Nel momento in cui invece si accoglie un'impostazione microeconomica, nella quale i referenti della tutela sono i concorrenti ed indirettamente, i consumatori, un modello di intervento penale estremamente formalizzato, non risulta rispettoso del principio di offensività.

Si tratta di soddisfare quell'esigenza di concretizzazione del bene giuridico che, pur propria anche dei beni individuali, si impone con maggiore urgenza rispetto ai beni collettivi: per entrambe le tipologie di interessi è necessario che il «il bene venga ricostruito con una fisionomia tale da renderlo capace di essere offeso nel singolo caso concreto»¹¹⁴.

Alla luce di tali considerazioni, l'episodio corruttivo deve essere ricondotto nell'ambito di una "relazione concorrenziale", piuttosto che assunto come lesivo di un ideale astratto di "concorrenza".

Quest'obiettivo si potrebbe perseguire con l'inserimento di un evento di pericolo concreto nella struttura della fattispecie.

Le perplessità espresse in relazione alla formula indicata dalla Decisione quadro 2003/568/GAI («*possano comportare distorsioni della concorrenza*»), unite alle probabili difficoltà di accertamento, instillano scetticismo sull'idoneità del mezzo al perseguimento

¹¹³ In questi termini, S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, 2013, 67, sia pure con riferimento all'interpretazione dell'art. 2635, co. V, c.c.

¹¹⁴ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 545. Secondo F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., 481, la concretizzazione «deve essere intesa come criterio di incriminazione che allude piuttosto alla necessità che la distanza prospettica tra il comportamento incriminato e l'interesse finale tutelato non sia così ampia da impedire di scorgere quest'ultimo nella concretezza del primo». In argomento anche G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 84 ss.

dello scopo. Certo, si potrebbe ipotizzare una diversa descrizione dell'evento di pericolo; per esempio, precisando che l'esecuzione dell'accordo corruttivo sia «*diretta a favorire taluno dei concorrenti*». Pare però difficile immaginare un'articolazione letterale dell'elemento in questione in grado di fugare del tutto i rischi e le ambiguità rilevate.

4.2. Segue: la soluzione del dolo specifico di “ulteriore offesa”.

Un'alternativa più interessante passa dalla costruzione dell'illecito come reato a dolo specifico, avente ad oggetto l'alterazione delle regole della concorrenza nell'ambito di una specifica relazione commerciale.

Il nostro ordinamento conosce fattispecie di “corruzione privata”, la cui dimensione offensiva emerge dall'inserimento di un dolo specifico.

Il pensiero corre alla contravvenzione prevista dall'art. 171 TULS (c.d. “Comparaggio del farmacista”), nella quale l'accettazione della tangente da parte del soggetto qualificato assume rilievo penale se posta in essere «*allo scopo di agevolare in qualsiasi modo la diffusione di specialità medicinali o dei prodotti indicati nell'articolo precedente, a danno di altri prodotti o specialità dei quali abbia pure accettata la vendita*»: una finalità il cui oggetto è chiaramente quello di alterare il regolare andamento del mercato, con riferimento alla leale competizione tra imprese del settore farmaceutico¹¹⁵.

Si potrebbe obiettare che concepire la «*corruzione privata*» come reato a dolo specifico finirebbe col cristallizzare il contenuto lesivo della fattispecie intorno all'elemento soggettivo, determinando così spinta rispetto alla compiuta attuazione del principio di offensività.

Il valore di tale affermazione dipende dal ruolo che il dolo specifico riveste nella struttura della norma incriminatrice.

Il punto di partenza di tale approccio ermeneutico pare, infatti che debba essere identificato nel riconoscimento della funzione tipizzante del dolo specifico. Esso non esaurisce il suo ruolo sul terreno della colpevolezza, non è un dato meramente interiore che si aggiunge ad

¹¹⁵ Una proiezione offensiva sulla concorrenza attraverso la previsione del dolo specifico si registra anche sul terreno della corruzione pubblica internazionale. In argomento, M. PELISSERO, *Disposizioni comuni*, in AA.VV., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di C.F. Grosso - M. Pelissero, Milano, 2015, 71 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 252 ss.; M. CAPUTO, *Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione dei membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di stati esteri*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, 241 ss.; F. CENTONZE- A. DELL'OSSO, *La corruzione internazionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 209.

una condotta esterna nella quale si sostanzia la tipicità oggettiva del fatto di reato¹¹⁶, bensì è un vero e proprio elemento costitutivo della tipicità.

Del resto, «se la previsione del fine assolve a una funzione selettiva dei comportamenti penalmente illeciti, rispetto ad altri leciti o, altrimenti, meno gravemente puniti, la sua espulsione della sfera della tipicità comporta un'illegittima estensione della punibilità o, comunque, del novero dei "fatti tipici"»¹¹⁷.

Si tratta di capire le modalità con le quali il dolo specifico si inserisce nel contesto della tipicità, contribuendo a delineare il profilo della lesione del bene giuridico.

Secondo un prestigioso indirizzo dottrinale, la dimensione offensiva dei reati a dolo specifico può essere salvaguardata recuperando la felice definizione di "reati di pericolo con dolo di danno", nei quali «mentre la volontà deve essere indirizzata a produrre un'effettiva lesione, il fatto è completo non appena si verifica l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato»¹¹⁸.

Discussa è però la reale portata assunta, nelle fattispecie di reato a dolo specifico, dall'estremo del pericolo di verificazione dell'evento preso di mira dall'agente.

Un primo orientamento considera la fattispecie integrata solo in presenza dell'idoneità della condotta tipica al conseguimento dello scopo, isolato dalla norma incriminatrice¹¹⁹.

Altra dottrina teme l'implicazione di un' «operazione correttiva del testo normativo, che, contrastando con il principio di riserva di legge, oltrepasserebbe i limiti ermeneutici imposti all'interprete¹²⁰».

Il problema della conciliabilità con il principio di offensività andrebbe affrontato secondo i canoni generali vevoli in tema di pericolo astratto, accontentandosi di verificare se il fatto di base possieda un contenuto di pericolosità astratta nei confronti del bene giuridico. Invece, in posizione intermedia, si pone quella dottrina che ritiene che tale relazione si apprezzi su un piano teleologico, e non su quello eziologico¹²¹.

¹¹⁶ Come ritengono, per esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. F. Grosso, Milano, 2016, 317; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 222; nonché, pur nel quadro di una visione oggettivistica del reato, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 266 ss.

¹¹⁷ L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1983, 503.

¹¹⁸ G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 132.

¹¹⁹ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 577 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in Nss. D. I., XIX, Torino, 1973, 87. Critico, L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 512 ss.

¹²⁰ F. ANGIOINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 2006, 116.

¹²¹ L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 501 ss.

La strada preferibile rimane quella dell'assimilazione dei reati a dolo specifico del delitto tentato, richiedendo che lo scopo verso il quale si rivolge l'intenzione dell'agente sia perseguito mediante atti concretamente idonei¹²².

Applicando questa ricostruzione alla fattispecie di "corruzione privata" qui ipotizzata, la rilevanza del dolo specifico verrà meno per difetto di offensività ogni qual volta l'atto posto in essere in esecuzione dell'accordo corruttivo risulti inidoneo ad alterare i meccanismi di reale competizione tra concorrenti.

Peraltro, le tensioni col principio di offensività sono condizionate, in larga misura, dalla funzione che il legislatore intende attribuire al dolo specifico. In dottrina si distinguono tre gruppi di ipotesi¹²³.

Nel primo (c.d. "reati a dolo specifico di offesa"), si collocano i casi in cui l'oggetto del dolo specifico coincide con l'offesa al bene giuridico; qui il fine "ulteriore" richiesto dalla norma incriminatrice determina la punibilità di un fatto che altrimenti risulterebbe lecito.

Ben si comprendono le perplessità emerse in dottrina, legate al rischio che l'incriminazione si connoti in senso esasperatamente soggettivo, in contrasto con la nostra tradizione giuridica che identifica il reato «non in semplice atteggiamento psicologico sia pur riprovevole, ma in senso offensivo di un bene protetto¹²⁴».

In un secondo gruppo di casi, (c.d. "reati a dolo specifico differenziale"), il dolo specifico determina un mutamento del titolo di reato, con ricadute sul terreno della dosimetria sanzionatoria; ciò non esclude che si possa determinare una (sia pur minore) deviazione rispetto al principio di necessaria lesività.

Decisamente prevalente, però, è la funzione assoluta nel terzo gruppo di reati, nei quali il dolo specifico restringe l'ambito di punibilità di un fatto base che potrebbe essere di per sé già considerato illecito (c.d. "reati a dolo specifico di ulteriore offesa").

Non bisogna trascurare, infatti, che, il dolo specifico insisterebbe su di un'ipotesi di base dotata di propri autonomi connotati di disvalore, sia pure generici: il fatto incriminato non è limitato all'accordo corruttivo, ma presuppone la sua esecuzione mediante il compimento o l'omissione di un atto.

La scelta di subordinare l'incriminazione alla verifica che la condotta dell'agente abbia come fine la «preferenza nell'acquisizione di beni o servizi» assolve allora il compito di restringere l'area della punibilità. Se il legislatore omettesse di richiedere l'integrazione di

¹²² G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 583.

¹²³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 213; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 381 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 155.

¹²⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 381.

un tale elemento, ogni esecuzione di un accordo corruttivo tra soggetti privati acquisterebbe la rilevanza penale, secondo il modello di “fattispecie aperta”¹²⁵.

La qual cosa ridimensiona le preoccupazioni circa le possibili tensioni col principio di offensività. Per di più, dal momento che oggetto dell’intenzione è la lesione della leale concorrenza, l’anticipazione della tutela sarebbe qui meno radicale di quanto non avvenga nei casi in cui il fine richiesto dalla norma consiste in un pericolo astratto per il bene giuridico¹²⁶.

Ciò non significa che anche in questo caso non sia necessario richiedere l’idoneità della condotta alla realizzazione del fine¹²⁷.

Vero che il pagamento di tangenti come contropartita per la “effettiva” violazione di doveri resterebbe un episodio di “corruzione”, anche se inidoneo ad alterare il regolare meccanismo della leale concorrenza; si tratterebbe, tuttavia, di un fatto, lesivo sì di un fascio di interessi astrattamente meritevoli di tutela penale, ma non di quel determinato bene giuridico sul cui pregiudizio si fonderebbe la fattispecie di corruzione privata qui prospettata¹²⁸.

5. Il carattere “proprio” della corruzione privata. La selezione di doveri penalmente rilevanti tra efficacia ed esigenze di precisione. Il ruolo della c.d. *soft law*.

Nel paragrafo precedente si è sottolineato come esigenze di razionalità politico-criminale e il rispetto del principio di offensività spingano a limitare la rilevanza penale alle sole ipotesi di corruzione privata “propria”.

Si tratta adesso di riflettere su come far emergere la struttura del fatto tipico questa selezione delle condotte incriminate.

L’opzione più immediata sembra quella di inserire nella struttura del fatto tipico un chiaro riferimento alla “violazione dei doveri” da parte dei soggetti coinvolti nell’accordo corruttivo. E’ la soluzione adottata nella Decisione quadro 2003/568/GAI, ove si richiede

¹²⁵ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza del bene giuridico*, cit., 512.

¹²⁶ Per la distinzione, F. ANGIOINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 117, secondo cui il problema della legittimità si porrebbe solo nel secondo caso (sempre che si ritenga esistano limiti per il legislatore nel grado di anticipazione della tutela).

¹²⁷ Così, invece, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 213.

¹²⁸ L. ZIMMERI, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Kirchdorf, 1928, 39 ss. In argomento, nella dottrina italiana, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, 211 ss.

che la tangente sia finalizzata ad ottenere il compimento o l'omissione di un atto in «violazione di un dovere».

Si tratta di un punto critico, con evidenti profili di tensione con il principio di precisione. Tant'è vero che l'art. 1 della normativa europea, pur demandando ai singoli Stati il compito di delimitare la cerchia dei doveri rilevanti, si era sforzato di fornire una definizione minima, inclusiva non solo degli obblighi imposti dalla legge, ma anche di quelli derivanti da «*normative professionali o istruzioni professionali*¹²⁹»; senza riuscire, però, a chiarire adeguatamente il contenuto dell'elemento di fattispecie.

Non è del resto un caso che nei due ordinamenti più chiaramente orientati verso un modello di tutela della concorrenza la fattispecie non prevede un riferimento alla “violazione dei doveri”, ed il carattere “proprio” della “corruzione privata” si può desumere da altri elementi.

Particolarmente significativo è il caso spagnolo, ove il legislatore è passato da una fattispecie costruita intorno al requisito della «violazione dei doveri» ad un'altra priva di tale elemento. Alla base del ripensamento vi è stato il timore che la formula potesse essere interpretata in senso restrittivo, come limitata agli obblighi nei confronti dell'impresa, con il rischio di escludere la rilevanza penale dell'accettazione delle tangenti con il consenso dell'imprenditore o degli organi direttivi della società.

La vicenda iberica conferma le difficoltà ermeneutiche ed applicative cui si può andare incontro inserendo questo elemento nella struttura del fatto tipico.

In verità, si tratta di una lettura della disposizione teleologicamente orientata in funzione di tutela della concorrenza che dovrebbe guidare la selezione dei doveri penalmente rilevanti, limitandola ai soli di diretta incidenza della leale concorrenza. Rispetto a questi ultimi, non è ipotizzabile nessun rischio di contaminazione col modello lealistico, essendo chiaro che gli unici doveri rilevanti sono quelli di correttezza nei confronti del mercato e dei suoi operatori.

Nondimeno il rischio che in sede applicativa riemergano interpretazioni atte a valorizzare quella contaminazione tra modello della concorrenza e modello lealistico induce a

¹²⁹ Il legislatore italiano non ha mai ritenuto di dare seguito a tale indicazione astenendosi dal fornire qualsivoglia indicazione; in ciò discostandosi dalla già ricordata proposta di legge Kessler, ove era presente il tentativo di definire legalmente l'ambito degli obblighi giuridici la cui violazione contribuisca ad integrare il fatto tipico. La definizione proposta, pur presentando una valida base di partenza per una più attenta riflessione sulla selezione dei parametri normativi di valutazione della condotta corruttiva, si esponeva ad un duplice ordine di perplessità: da un lato, si limitava a reiterare i contenuti della norma europea, senza quelle ulteriori specificazioni che pure lo stesso art. 1 della Decisione quadro 2003/568/GAI richiedeva; dall'altro, contiene indicazioni, che sono, nel contempo, né esaustive, né prive di imprecisioni.

rinunciare all'inserimento di un tale elemento della fattispecie, a favore di altri dotati di un minor grado di ambiguità.

Non utilmente percorribile si presenta la strada di un esplicito riferimento alla "slealtà" che caratterizza il contenuto della prestazione oggetto dell'accordo corruttivo¹³⁰.

Non resta allora che fare ricorso ad una clausola di illiceità speciale, che potrebbe essere data dall'inserimento dell'avverbio «*indebitamente*».

Una prima soluzione potrebbe consistere nel riferire l'«*indebitamente*» al compimento o all'omissione dell'atto. Imputare però il carattere indebito al comportamento esecutivo dell'accordo corruttivo reca in sé le medesime ambiguità insite nell'esplicito riferimento alla violazione dei doveri. In altri termini, non si potrebbe escludere una lettura dell'elemento d'illiceità speciale alla luce non solo dei doveri del soggetto attivo nei confronti della tutela della concorrenza, ma anche di quelli derivanti dalla relazione tra il soggetto ed il suo "principale".

Sembra più opportuno qualificare come "indebita" la preferenza da accordare a taluno dei concorrenti nella compravendita di beni o nella fornitura dei servizi. Nessun dubbio che tale carattere sussisterà solo nel caso in cui l'agente sia animato dal fine di violare le regole che presiedono alla regolare aggiudicazione del contratto e, più in generale, al leale e regolare dipanarsi dei meccanismi concorrenziali.

Non si deve però incorrere nell'equivoco di ritenere esaurita sul piano dell'oggetto del dolo specifico la funzione dell'avverbio «*indebitamente*».

Se è vero che per l'integrazione della fattispecie è necessaria l'idoneità della condotta alla realizzazione del fine, ne segue che l'atto posto in essere dal soggetto non potrà essere un atto conforme alle regole, ma sarà un atto irregolare: un atto conforme ai doveri imposti dalla leale concorrenza non potrà dirsi capace di perseguire lo scopo di una lesione della medesima.

L'abbandono della formula «violazione di un dovere» non pare in grado di risolvere del tutto i problemi insiti in quella formula.

Si allude alle tensioni col principio di precisione che tradizionalmente affliggono la delimitazione del reticolo normativo entro il quale si muovono i protagonisti del *pactum sceleris* e che rappresenta l'imprescindibile parametro di valutazione dell'illiceità dell'accordo corruttivo.

¹³⁰ K. TIEDEMANN, *StGB Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch* cit., § 299, Rdn. 38-39, il quale sottolinea anche l'indeterminatezza del ricorso ad una simile espressione. Un riferimento alla "slealtà" è presente anche nella definizione dettata dall'art. 1 della Decisione quadro 2003/568/GAI di «violazione di doveri».

E' noto che i concetti normativi giuridici risultano tanto più precisi, quanto siano più chiari i parametri che qualificano l'elemento di fattispecie e risultino puntualmente determinati il loro contenuto e l'ambito di applicazione¹³¹.

Nelle fattispecie di Corruzione, il profilo della «*violazione di un dovere*», anche se diversamente declinato, si presenta estremamente problematico, stante la moltiplicazione dei sistemi normativi di riferimento e le difficoltà di selezionare al loro interno i doveri realmente rilevanti nell'economia della fattispecie.

Una puntuale definizione del profilo offensivo della fattispecie agevola quest'opera di selezione, ma non riesce a rimuovere ogni profilo di incertezza¹³².

La via più immediata per raggiungere questo risultato sembrerebbe quella dell'introduzione di una norma definitoria del contenuto dell'avverbio «*indebitamente*», riferito alla preferenza accordata a taluno dei concorrenti rispetto agli altri.

Si tratta di riproporre il modello indicato dal legislatore sovranazionale, non più relativo all'elemento della «*violazione dei doveri*», ma al “nuovo” elemento di illiceità speciale.

I maldestri tentativi di definizione normativa della nozione di «*violazione dei doveri*» dimostrano il carattere impervio di un simile percorso¹³³.

Risulta alquanto difficile immaginare una selezione normativa dei doveri funzionali capace di coniugare efficacia e flessibilità della fattispecie con esigenze di precisione della stessa. Un imponente contributo di chiarificazione può essere semmai portato dagli strumenti di c.d. *soft law*; categoria che include «una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, pur privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque giuridicamente rilevanti¹³⁴».

Questi strumenti, che risultano inidonei ad assicurare un'efficace repressione della “corruzione privata”, recuperano una loro funzionalità sul piano dell'interpretazione della fattispecie, contribuendo a colmare quel *deficit* di precisione che affligge i reati di corruzione.

I rapporti tra queste fonti normative “deboli” ed il diritto penale sono stati recentemente oggetto di attenzione da parte dei settori della dottrina più attenta alle sollecitazioni del

¹³¹ In questo senso, G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 136 ss.

¹³² Occorre avere la consapevolezza che l'elemento d'illiceità speciale («*indebitamente*») sconta, a sua volta, un certo margine d'imprecisione ed impone all'interprete la necessità di riempirlo di contenuti. Sull'assimilazione teleologica e funzionale delle clausole di illiceità speciale agli elementi normativi, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, 160 ss.

¹³³ Sul ruolo delle norme definitorie della parte speciale del diritto penale, P. SIRACUSANO, *Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, I, 739 ss., in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006.

¹³⁴ B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. Dir.*, 2003, 5.

diritto comparato e sovranazionale, che ha evidenziato il progressivo recepimento della *soft law* nel diritto criminale¹³⁵.

Uno dei terreni di elezione di questo processo di “rafforzamento” di norme originariamente “deboli” è proprio quello legato alla costruzione della fattispecie incriminatrice attraverso l’impiego di interventi normativi a contenuto totalmente o parzialmente elastico¹³⁶. In tal caso, il rinvio a fonti integrative ai fini della specificazione di uno o più elementi costitutivi del fatto apre la porta ad un possibile ruolo da attribuire alle fonti *soft*. Ciò non si traduce in violazione del principio di riserva di legge, atteso che l’incidenza di norme “deboli” all’interno di elementi della fattispecie penale parrebbe operare a livello non tanto d’integrazione, quanto di interpretazione del precetto.

I profili essenziali dei comportamenti vietati sono interamente tracciati dal legislatore, che in più, grazie all’intrinseca elasticità dell’elemento normativo, evita eventuali vuoti di tutela¹³⁷. In questo modo, fatto salvo il rispetto del principio di riserva di legge, si ottiene una più precisa delimitazione del fatto oggetto d’incriminazione.

Il riferimento alla *soft law* può produrre l’effetto di escludere la responsabilità penale. Così il rispetto, da parte di un soggetto, delle regole contenute nel codice di comportamento per i dipendenti di una pubblica amministrazione, come pure nei codici deontologici di un certo ordine professionale o nei codici etici di un’impresa privata, potrebbe indurre il giudice a ritenere non solo “in buona fede” il soggetto in questione¹³⁸, ma non anche indebita la sua condotta esecutiva dell’accordo criminoso.

In direzione opposta, l’aver disatteso le norme previste da tali codici di *soft law* si presta a favorire la convinzione in capo al giudice dell’illiceità penale del comportamento tenuto dal soggetto agente.

¹³⁵ A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. Proc. Pen.*, 2011, 536 ss.; V. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale*, Bologna 2013; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 261 ss.

¹³⁶ Sulla possibilità che gli elementi normativi giuridici possano avere carattere “rigido” o “elastico”, a seconda che facciano riferimento ad altre norme «chiaramente individuabili e ben determinate nel loro contenuto» ovvero lascino «una “zona grigia” intermedia tra un settore di positiva ed un settore di negativa certezza, aperta a possibili soluzioni opposte dipendenti dall’apprezzamento del giudice», F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 65, *Sugli “elementi normativi”*, in generale, L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., *passim*.

¹³⁷ A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, 571.

¹³⁸ Così, per esempio, Cass. pen., sez. VI, 17 maggio 2004, n. 23072 (inedita). Secondo A. BERNARDI, *Sui rapporti*, cit., 565, il giudice potrebbe spingersi fino al punto di escludere la responsabilità di un soggetto «qualora accerti che l’aver questi agito coerentemente alle norme soft...abbia implicato per costui la violazione di una norma penale dell’inconsapevolezza dell’esistenza di quest’ultima»; in altri termini si determinerebbe un errore scusabile, in considerazione delle difficoltà di orientamento all’interno di un coarcevo di norme eterogenee e tra loro contraddittorie, come tali idonee a «creare incertezza e confusione circa i comportamenti imposti, suggeriti, ammessi o vietati».

Non mancano precedenti giurisprudenziali in tal senso, sia pure riferiti alla corruzione politico-amministrativa. Così, per esempio, si è ritenuta integrante il requisito della «violazione di un dovere d'ufficio» la comunicazione a terzi, da parte del personale comunque inserito nell'attività di assistenza ai malati, dell'avvenuto o del prossimo decesso dei degenti, tenuto conto della circostanza che il relativo codice di comportamento impone di «non utilizzare a fini privati le informazioni di cui egli dispone per ragione di ufficio¹³⁹». Se la eventuale prospettiva di una valorizzazione del ruolo delle norme “deboli” in funzione scusante o di limite espresso alla tipicità del fatto non porrebbe particolari problemi, non altrettanto può dirsi nel caso in cui si volesse fondare una responsabilità penale sulla loro violazione.

A questo proposito appare necessario avere ben chiara la distinzione tra efficacia integratrice e ruolo interpretativo delle “soft law”.

Se è legittimo il contributo di norme *soft* in sede di interpretazione di alcuni elementi della fattispecie incriminatrice, non altrettanto può dirsi circa un'eventuale integrazione del precetto attraverso un esplicito rinvio a tali norme.

Verosimilmente in contrasto con la natura tendenzialmente assoluta della riserva di legge in materia penale sarebbe un “rinvio formale”, stante l'«impossibilità del legislatore di predeterminare i contenuti delle future norme *soft* integratrici della fattispecie¹⁴⁰».

Si esporrebbe a censure di illegittimità costituzionale una definizione come quella dettata dal summenzionato art. 1 della Decisione quadro 2003/568/GAI, atteso che aprirebbe le porte ad un'eterointegrazione della norma incriminatrice da parte di norme di rango secondario, di cui risulterebbe impossibile predeterminare con precisione le fonti di produzione.

Né più praticabile appare il ricorso a rinvio recettizio. Il rispetto del principio di legalità verrebbe sì in tal caso assicurato, ma solo al costo di una radicale “hardivizzazione” della norma *soft* richiamata, che, se da un lato assumerebbe un'efficacia immediatamente vincolante a livello penale, dall'altro perderebbe la sua «naturale vocazione a una modificabilità plastica e dialogica¹⁴¹».

Delle due l'una: o si determina una paralisi applicativa della sanzione penale in conseguenza del venir meno della norma integratrice, o s'innesta un processo di continuo adeguamento della disposizione incriminatrice alle mutevolezze delle discipline *soft*; ne

¹³⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 26 marzo 1996, n. 2996, in Cass. Pen. 1997, 707.

¹⁴⁰ A. BERNARDI, *Sui rapporti*, cit., 574, che mette in evidenza come solo accedendo ad una ricostruzione fortemente relativizzata della riserva di legge.

¹⁴¹ A. BERNARDI, *Sui rapporti*, cit., 575.

deriverebbe una progressiva erosione del carattere di “stabilità”, che dovrebbe essere proprio di ogni norma penale¹⁴².

Non sorprende che i rari casi in cui si è dato corso a tale tecnica di costruzione della fattispecie riguardino regimi transitori destinati ad essere superati all’atto del consolidamento di un più stabile assetto normativo¹⁴³.

Troppo eterogenee sono le entità produttrici di norme *soft*, senza considerare la loro tendenza a favorire processi di internazionalizzazione¹⁴⁴, da un lato, e di frantumazione e parcellizzazione¹⁴⁵, dall’altro.

Tutti elementi che rendono l’opzione di un rinvio recettizio del tutto impraticabile, anche solo in via ipotetica.

Il processo di “rafforzamento” di norme “deboli” attraverso la fattispecie di “corruzione privata” non può spingersi oltre una certa soglia, dovendosi arrestare sul piano della loro implementazione, sul terreno di elementi di fattispecie dal contenuto elastico.

Il giudice, al momento della “lettura” e dell’applicazione della norma in materia di “corruzione privata” resterà libero di tener conto o meno delle disposizioni contenute in vari strumenti di *soft law*: il maggiore o minore condizionamento dipenderà dalla loro persuasività, dal prestigio dell’organo di produzione, dalla pertinenza dell’oggetto del giudizio, dall’attitudine ad influenzare il comportamento dell’agente. Una discrezionalità temperata solo dall’obbligo di motivare i propri provvedimenti in modo sufficiente e non contraddittorio¹⁴⁶.

E’ sicuro che la *soft law* sia caratterizzata da una certa parzialità, per questo si è posta la questione se tale “limite” possa essere eliminato o comunque ridotto.

Si fa strada in dottrina l’idea che il rimedio possa passare dall’individuazione di «un sistema altamente proceduralizzato destinato a perimetrare la costruzione e la validità della fonte privata¹⁴⁷».

¹⁴² A. BERNARDI, *Sui rapporti*, cit., 576.

¹⁴³ E’ questo il caso dell’art. 30 del *Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro*, co. V. In argomento, T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2009, 708 ss.

¹⁴⁴ Si pensi ai Codici di autodisciplina dell’*International Chamber of Commerce* e al loro ruolo nella valutazione dei fenomeni corruttivi transnazionali.

¹⁴⁵ Così, per esempio, i codici etici si prestano a contenere prescrizioni a carattere fortemente “particolare”, dal momento che esprimono gli specifici valori su cui si fonda la cultura di una data impresa.

¹⁴⁶ C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, cit., 265. L’A. sottolinea come «se l’ideale autoregolativo mira ad incidere sull’orbita del tipo, inoculando dosi di maggiore determinatezza, la magistratura tende, non di rado, a privilegiare i tipi “aperti” come flessibili strumenti di governo».

¹⁴⁷ C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, cit., 266. L’A. individua quali tratti essenziali di tale proceduralizzazione: a) il coinvolgimento di tutti gli attori del conflitto sociale; b) la partecipazione delle c.d. “comunità epistemiche”; c) il concorso del formante

Sul punto, può apparire un ben magro contributo, ma è uno dei pochi in grado di andare nella direzione di un accettabile equilibrio tra le esigenze di determinatezza e precisione, da un lato, e quelle dell'effettività ed offensività, dall'altro.

5.1. Rapporti con le fattispecie di “corruzione privata” già presenti nell’ordinamento.

La “nuova” ipotesi di «Corruzione privata» sarebbe destinata a inserirsi in un tessuto normativo caratterizzato da una costellazione di figure di reato, che insistono su un’area di disvalore comune e sono caratterizzate dal medesimo modello di incriminazione.

La più volte citata l. 25 febbraio 2008, n. 34, non conteneva indicazioni significative, limitandosi a delegare il Governo a provvedere al «*necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti*».

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di demandare il tutto all’opera di concretizzazione della giurisprudenza, magari attraverso la previsione di scarse “clausole di riserva”.

Tale opera di semplificazione non può tradursi nell’imbrigliare l’intero fenomeno della corruzione privata entro l’alveo di un’unica fattispecie incriminatrice. L’indagine fin qui condotta ha evidenziato come esso si manifesti secondo modalità non riconducibili ad un unico paradigma. Da qui la consapevolezza che possano convivere più norme incriminatrici che presentino differenti profili strutturali e funzionali.

A ragionare diversamente, si corre il rischio di mettere sullo stesso piano il disvalore specifico di diverse condotte illecite, che finirebbero con l’essere omologate, indipendentemente col contesto di operatività e dalla natura degli interessi offesi. In effetti, esistono fatti dotati non solo di un diverso disvalore penale ma anche di differenti dimensioni offensive.

La questione è se l’introduzione di una fattispecie “generale” di corruzione privata ispirata al modello della concorrenza non inneschi un processo attrattivo che porti all’abrogazione di (almeno) alcune delle norme incriminatrici vigenti.

Auspicabile sarebbe il mantenimento delle norme che si collocano in una prospettiva di tutela diversa da quella della concorrenza.

E’ questo il caso dei reati di “corruzione dei revisori”. Qui la *ratio* dell’incriminazione poco o nulla ha a che vedere con la concorrenza leale tra autori del mercato, mirando piuttosto a

giurisprudenziale; d) la permanente attività di riesame. Su posizioni analoghe, V. TORRE, *La “privatizzazione”*, cit., 80 ss.

garantire il corretto svolgimento dell'attività di revisione, a sua volta bene strumentale rispetto alla tutela degli interessi patrimoniali "finali" della società, dei soci e degli investitori, i quali restavano in ogni caso sullo sfondo. Ciò non esclude la necessità di un'ulteriore razionalizzazione dell'intervento repressivo in tale settore che lo depuri di alcune incrostazioni di quell'approccio formalistico che aveva caratterizzato fin dagli albori l'intervento penale in materia di attività di revisione e lo semplifichi, eliminando duplicazioni di fattispecie tali da determinare questioni di concorso (apparente o effettivo) di norme non facilmente risolvibili.

Discorso in parte diverso va fatto in relazione al delitto previsto dall'art.2635 c.c., che si muove oggi lungo una prospettiva di tutela della relazione fiduciaria tra soggetto ed ente di appartenenza. La dimensione privatistica dell'interesse tutelato consentirebbe in sé una consistenza con la fattispecie qui proposta a tutela della concorrenza. E che si tratti di una prospettiva possibile lo testimonia la situazione tedesca dopo l'intervento novellistico del 2015¹⁴⁸.

Anche nella dottrina italiana non si è mancato di sottolineare l'opportunità di mantenere, accanto ad un'ipotesi di corruzione privata posta a tutela della concorrenza, un'altra basata sulla protezione del datore di lavoro rispetto alle infedeltà dei suoi dipendenti: si tratterebbe di una fattispecie avamposto rispetto a quella dell'art. 2634 c.c., «una sorta di infedeltà aggravata dalla corruzione¹⁴⁹».

L'attenzione deve poi concentrarsi sulle fattispecie di corruzione privata che si pongono, direttamente o indirettamente, in una prospettiva di tutela della concorrenza.

Analizzando le varie fattispecie di reato di corruzione anche in materia di appalti e di attività sportive, si denota lo specifico disvalore insito in questi particolari episodi di corruzione, che finiscono per colpire non solo la concorrenza ma anche interessi secondari quali la salute pubblica ed individuale.

6. I problemi connessi all'accertamento.

Un nodo cruciale che è rimasto a lungo in ombra nella riflessione dottrinale, come pure nella considerazione del legislatore italiano, è quello dell'accertamento.

¹⁴⁹ R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 10.

Il problema, da tempo avvertito in relazione a fatti di corruzione politico-amministrativa¹⁵⁰, è destinato a riproporsi rispetto alla corruzione privata. Con riferimento a quest'ultima, le difficoltà probatorie rischiano addirittura di acuirsi.

E' noto che una delle ragioni della scarsa effettività dei delitti di corruzione risiede nella difficoltà con la quale i fatti in questione vengono alla luce e possono essere provate nelle aule giudiziarie¹⁵¹. Difficoltà legate prevalentemente¹⁵² alla natura dei reati plurisoggettivi necessari propri e alla innata tendenza dei soggetti coinvolti a coprirsi reciprocamente, al fine di sottrarsi alla sanzione penale.

La corruzione è come un «reato “a vittima muta”, caratterizzata cioè dal fatto che manca il tipico vettore della denuncia». Non nel senso che le vittime non ci siano, ma le stesse «tardano a percepire i contorni della condotta illecita e, conseguentemente, il danno subito¹⁵³».

Questo dipende anche dalla circostanza che la forza lesiva della corruzione dipende dal reiterarsi degli episodi delittuosi.

Se queste ultime considerazioni sono certamente vere con riferimento ai fenomeni di corruzione pubblica, non è da escludere che i suddetti effetti si possano attenuare in relazione alla corruzione privata; ciò a patto che il citato processo di concretizzazione dell'offesa si realizzi in modo tale da consentire un effettivo riavvicinamento tra condotte incriminate e vittime, favorendo un “autoriconoscimento” da parte di queste ultime. E' l'obiettivo che s'intende perseguire con l'inserimento della strutture della fattispecie del riferimento alla violazione delle regole di una leale concorrenza (sotto forma di indebita preferenza accordata ad un concorrente a scapito di altri).

Questo ipotetico “vantaggio” potrebbe essere azzerato dalla minore “attenzione” di cui gli attori del settore privato sono fatti oggetto, rispetto a quella normalmente riservata all'attività dei soggetti pubblici; la qual cosa rischia di depotenziare fortemente alcune modalità di acquisizione della *notitia criminis*.

¹⁵⁰ E. ROSI, *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in AA.VV., *Il prezzo della tangente*, a cura di G. Forti, Milano, 2003, 233 ss.

¹⁵¹ Mettono in evidenza questo aspetto, tra gli altri, V. MANES, *Manifesto e latente nella repressione delle fenomenologie corruttive*, in *Cass. Pen.*, 2009, 454 ss.; P. DAVIGO- G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma- Bari, 2007, 286 ss.

¹⁵² Con riferimento ai fatti di corruzione politico-amministrativa, un ulteriore fattore di ostacolo all'accertamento è stato individuato nel carattere sistemico assunto ormai da tempo da questo fenomeno, oltre che dalla perdita di “dualità” della vicenda corruttiva e della “liquefazione” della tangente e del correlativo vantaggio perseguito dal corruttore. Così, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 17 ss., 85 ss., 175.

¹⁵³ G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. Proc. pen.*, 2008, 780.

A questo punto, il legislatore ha dimostrato una crescente sensibilità nei confronti delle difficoltà di emersione processuale dei fenomeni corruttivi. Lo testimoniano la previsione a tutela del *whistleblower* inserita dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 nell'art. 54 *bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e, più di recente, l'introduzione, da parte della l. 27 maggio 2015, n. 69, di una circostanza attenuante « *per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite*» (art. 323 *bis* c.p.)¹⁵⁴.

La portata di tali interventi è limitata alle sole fattispecie previste dagli art. 318 ss. c.p. Il problema andrebbe affrontato in una prospettiva più generale, che coinvolga l'intero alveo penalistico dei fenomeni corruttivi.

Il nodo delle difficoltà di accertamento attiene all'essenza stessa del fatto incriminato, quindi non può essere risolto con l'eliminazione o sostituzione di un qualche elemento di difficile provabilità¹⁵⁵.

Se non si vuole rinunciare alla scelta di incriminare la corruzione, è sul terreno investigativo e processuale che occorre ricercare soluzioni alla crisi di effettività della norma penale.

Si dovrebbe riflettere su un'eventuale estensione alla corruzione privata di talune tecniche d'indagine già utilizzate per il contrasto di quella pubblica, magari valutando la previsione di ulteriori strumenti d'indagine.

Di fronte a tale "cifra nera" che caratterizza la costellazione dei reati di corruzione, ci si avvia verso un'incentivazione della propensione della denuncia, sia da parte dei soggetti direttamente coinvolti nel *pactum sceleris*, sia da parte di terzi che vengano incidentalmente a conoscenza di operazioni economiche "sospette" o di fatti anche solo sintomatici di episodi corruttivi.

6.1. Meccanismi d'incentivo all'autodenuncia.

¹⁵⁴ In argomento, A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione* (l. 69/2015), in *Studium Iuris*, 2015, 1115 ss.; F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 812 ss.; C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2015, 1 ss.

¹⁵⁵ F. ANGIOINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 235, ipotizza come possibili rimedi alla scarsa provabilità di una fattispecie o di un suo elemento «il restringimento o l'abolizione pura e semplice della fattispecie, oppure l'allargamento di essa con eliminazione o sostituzione dell'elemento difficilmente provabile», manifestando comunque una preferenza per la prima soluzione,

Negli ordinamenti in cui vige il principio della discrezionalità dell'azione penale, risultati apprezzabili in termini di apprezzamento processuale dei fenomeni corruttivi si possono ottenere premiando il corruttore "collaborativo".

In un sistema fondato sull'obbligatorietà dell'azione penale e nel quale l'istituto del c.d. "patteggiamento" non consente rinunce a perseguire reati, la forza "contrattuale" del Pubblico Ministero risulta invero modesta.

Costui ha ben poco da offrire in cambio di una fattiva collaborazione volta a rompere la compattezza del sodalizio criminoso.

Di fronte all'assenza di strumenti processuali d'incentivo alla denuncia o alla collaborazione; o peggio, davanti al rischio di torsioni illiberali di istituti come quello della custodia cautelare in carcere¹⁵⁶, non resta che riflettere sull'opportunità di ricorrere a norme sostanziali a struttura premiale, secondo un modello ampiamente sperimentato sul terreno del contrasto del terrorismo e alla criminalità organizzata¹⁵⁷.

E' la direzione verso la quale si erano mossi gli estensori della ben nota "Proposta di Cernobbio", proponendo una specifica causa di non punibilità per «*chiunque avesse denunciato spontaneamente e per primo un episodio di corruzione (propria ed impropria) entro tre mesi dalla realizzazione dell'illecito e prima che la notizia di reato fosse stata iscritta nel registro generale a suo nome, fornendo indicazioni utili per l'individuazione degli altri responsabili*».

La concessione dell'impunità era condizionata all'adozione di una condotta riparatoria che si sostanziava nella restituzione del prezzo della tangente o nella messa a disposizione di una somma pari all'importo della tangente versata¹⁵⁸.

La soluzione contenuta nella c.d. "Proposta Cernobbio"¹⁵⁹ non ha mancato di sollevare critiche e perplessità, che investono tanto i contenuti specifici della causa di non punibilità, quanto la filosofia che ispira l'opzione politico-criminale che ne è alla base.

E' opportuno accantonare le prime, per dedicarsi alle censure "di principio".

¹⁵⁶ P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007, 160 ss. Di recente, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 175. Vero è che i limiti edittali di pena previsti per le fattispecie oggi vigenti non consentono l'applicazione della misura cautelare privativa della libertà personale; ma ragionando de iure condendo, nella prospettiva di un auspicato potenziamento degli strumenti repressivi, si potrebbe giungere ad un innalzamento del livello sanzionatorio, che renderebbe tangibili i rischi prospettati nel testo.

¹⁵⁷ P. DAVIGO- G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 228 ss.

¹⁵⁸ Analoghi meccanismi premiali erano previsti in successivi progetti di riforma della disciplina della corruzione politico-amministrativa. Per una ricognizione si rinvia a C. LONGOBARDO, *I progetti per "uscire" da Tangentopoli*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2000, 288 ss.

¹⁵⁹ La proposta è pubblicata in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1994, 911 ss.

Un primo ordine di obiezioni è legato alla natura istantanea dei delitti di corruzione; nelle ipotesi premiali note alla nostra tradizione giuridica l'incentivo alla "collaborazione processuale" avrebbe lo scopo di far cessare situazioni antiggiuridiche in atto, ovvero di assicurare una *chance* di tutela al bene giuridico anche dopo la consumazione del reato; il fatto corruttivo si esaurirebbe nell'accordo o, al più, nella sua successiva esecuzione¹⁶⁰. Si è osservato che la valutazione circa l'opportunità di premiare il collaboratore dovrebbe dipendere non tanto dal modello d'illecito, quanto dalla «compatibilità di tale scelta di favore con i principi che informano il rispetto allo scopo dall'altro¹⁶¹». A ciò si aggiunga come l'argomento in parola trascuri la natura diffusa e sistemica della corruzione¹⁶²: certamente di quella pubblica, ma con ogni probabilità anche di quella privata. Questa dimensione del fenomeno fa sì che i suoi effetti lesivi si amplifichino e si moltiplichino al di là del momento della stipula dell'accordo, rendendo opportuna una loro neutralizzazione *ex post*.

Una critica più radicale attiene ad una ritenuta violazione del principio di uguaglianza, atteso che le medesime ragioni alla base di un'eventuale "causa di non punibilità" per i delitti di corruzione dovrebbero valere per altri reati, spingendo verso una generalizzazione dell'ambito di applicazione della stessa, con il rischio di effetti destabilizzanti sull'intero sistema¹⁶³. In realtà, una simile obiezione trascura la specificità del fenomeno corruttivo e le difficoltà del suo accertamento. Non bisogna dimenticare che condizione necessaria, ma anche sufficiente, per una legittima configurazione di cause di non punibilità è che le stesse appaiano il risultato di un «ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco». La prospettiva di tutela sottesa alla criminalizzazione dei fatti di corruzione fa apparire il premio del tutto ragionevole in vista della rottura dell'accordo criminoso. Ciò è certamente vero con riferimento alla corruzione pubblica, in ragione del suo carattere "sistemico" e dello "spessore" degli interessi in gioco.

Certo non è esclusa la possibilità che anche in altri settori d'intervento penale emerga la medesima necessità di stimolare la propensione alla denuncia. Si tratterà allora di valutare l'opportunità di adottare analoghi strumenti premiali.

Maggiormente fondate sembrano le perplessità legate alla scarsa efficacia degli strumenti premiali o ai rischi di strumentalizzazione. Purtroppo, le stesse non sembrano fornire argomenti decisivi contro l'introduzione di un meccanismo "premiato". Lo stesso rischio

¹⁶⁰ Per questa critica, A. PAGLIARO, *La lotta alla corruzione e la recente esperienza italiana "manipulate"*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1995, 1121. Sono considerazioni riprese di recente da G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 589.

¹⁶¹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, cit., 564.

¹⁶² P. DAVIGO- G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 290.

¹⁶³ C. F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2346.

che s'inauguri uno scenario di ricatti ripetuti nel tempo non sembra del tutto realistico. Anzi un modo per sfuggire al ricatto potrebbe essere proprio prevenire il ricattatore nell'avvalersi della causa di non (o di ridotta) punibilità¹⁶⁴. Anche i pericoli di manipolazione del “premio” in sede processuale possono essere contenuti limitandone l'accesso ad una fase anteriore all'iscrizione della notizia di reato.

La questione è semmai come tradurre l'incentivo alla denuncia, in modo da assicurarne, nel contempo, efficacia e compatibilità con i principi che informano il sistema penale.

Nelle posizioni critiche contro la “Proposta di Cernobbio” si avverte l'eco delle ostilità verso i collaboratori di giustizia e le discipline premiali introdotte a partire dalla legislazione d'emergenza degli “anni di piombo”¹⁶⁵.

Infatti, il modello dommatico di riferimento non è tanto quello del “premio per la collaborazione processuale”, quanto piuttosto la categoria delle “cause di non punibilità sopravvenuta”, con le quali si assicura l'impunità a chi, avendo commesso un fatto anti-giuridico e colpevole, realizza successivamente una condotta tale o da impedire che la situazione di pericolo già creata si traduca nella lesione del bene giuridico o da reintegrare *ex post* il bene offeso¹⁶⁶.

Se la disposizione “premiata” svolge la medesima funzione della norma incriminatrice violata, in quanto tende ad assicurare la protezione efficace del medesimo interesse, pur se in forma consentanea alla situazione determinata dalla condotta illecita, si rimane pur sempre nell'alveo del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici.

Alla luce di tali considerazioni, diventa fondamentale che la denuncia sia accompagnata da condotte *lato sensu* riparatorie. In questo modo si supera l'obiezione secondo cui il “premio” non potrebbe essere legato al solo rilievo processuale della collaborazione, essendo necessaria una condotta che contribuisca a realizzare la tutela dell'interesse o del bene giuridico preso di mira dal fatto corruttivo. In realtà, la restituzione della tangente o il pagamento di una somma equivalente da parte del corruttore presentano i caratteri di una condotta riparatoria; senza considerare che il tempestivo disvelamento dell'episodio corruttivo potrà ricondurre ad una rimozione degli effetti lesivi prodotti dall'esecuzione dell'accordo corruttivo. Né ha pregio l'obiezione che tali effetti sono già successivi all'avvenuta consumazione del reato. Lo stesso vale per altre cause di non punibilità sopravvenuta tradizionalmente presenti nel nostro sistema penale.

¹⁶⁴ D. PULITANO', *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. Trim. proc. pen.*, 1997, 31.

¹⁶⁵ Lo evidenzia D. PULITANO', *La giustizia penale alla prova del fuoco*, cit., 32.

¹⁶⁶ MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, 379 ss.

Ad ogni modo, quello della reintegrazione dell'offesa non è il solo profilo da considerare per valutare la razionalità della soluzione "premiale". Ci sono altri due elementi da tenere in debita considerazione: appetibilità del primo e rigoroso rispetto dei limiti temporali per la sua concessione (al fine di non incrinare l'efficacia deterrente della sanzione penale).

Per quanto riguarda il primo profilo, l'alternativa è tra l'introduzione di una causa di non punibilità e quella della previsione di una mera circostanza attenuante per il partecipe necessario che collabora in modo fattivo all'accertamento giudiziario del fatto corruttivo.

Si tratta di un'interessante soluzione che rapporta l'entità del premio all'effettivo contributo del reo ed alla sua idoneità a rimediare alla situazione anti-giuridica instauratasi con la stipula dell'accordo corruttivo.

L'art. 323 *bis* c.p. premia una serie di condotte positive sul piano materiale o probatorio-processuale, senza peraltro fissare alcun termine per la loro realizzazione¹⁶⁷.

L'effettiva efficacia dell'attenuante dipende dalla soluzione data al quesito circa la natura della relazione tra condotte richieste al collaboratore: se si dovesse propendere per la loro cumulatività, si determinerebbe il rischio di una sostanziale paralisi applicativa. E' difficile che il colpevole possa avere un ruolo attivo nell'assicurazione delle fonti probatorio¹⁶⁸.

Un esito scongiurabile solo accogliendo la tesi secondo cui condotte collaborative descritte dalla norma sono state contemplate alternativamente e non cumulativamente; del resto ciò è in linea con l'intento del legislatore: offrire al "pentito" la più vasta gamma possibile di comportamenti di ravvedimento¹⁶⁹.

La soluzione della non punibilità si lascia preferire a quella della previsione di una semplice circostanza attenuante: nella logica ferrea del calcolo costi-benefici, cui si conforma *l'homo oeconomicus*, corrotto o corruttore che sia, non appare sufficiente la sola riduzione, per quanto consistente, della sanzione¹⁷⁰.

Ciò che conta è che il termine sia certo e sufficientemente contenuto, oltre che comunque anteriore all'iscrizione della notizia di reato ed al conseguente avvio del procedimento

¹⁶⁷ Tale soluzione è indicata, con riferimento alla corruzione privata, nelle più volte ricordate proposte di legge Ferranti e Giarrusso, che prevedono una riduzione della pena fino alla metà. Nella stessa direzione anche il d.d.l. § 19.

¹⁶⁸ S. MILONE - A. M. PIOTTO, *Gli interventi sulla l. n. 69/2015 sui delitti contro la P.A. e l'associazione di tipo mafioso: "molto rumore per nulla"?* in *Leg. Pen.*, 2016, 10.

¹⁶⁹ C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2015, cit., 1 ss. Nello stesso senso, G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 gennaio 2016, 15.

¹⁷⁰ M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 281. Nello stesso senso, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 176. *Contra*, V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 dicembre 2015, cit., 1 ss.

penale. Si possono attenuare i rischi di un uso strumentale dell'istituto premiale¹⁷¹; ciò a costo di sacrificarne, almeno in parte, l'efficacia¹⁷².

E' proprio la tempestività della denuncia ad assicurare un'utile reintegrazione dell'interesse offeso dal reato ed a far sì che essa presenti una connessione con la minaccia iniziale della pena, apprendo quindi «come osservanza, sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato¹⁷³».

Si possono superare anche le perplessità legate ad un presunto indebolimento della funzione general-preventiva della pena ed al rischio di una obliterazione del «profilo morale della questione», come effetto del barattare una corposa responsabilità individuale con un interesse all'amministrazione della giustizia¹⁷⁴.

Non solo in termini utilitaristici, ma anche in termini di deterrenza gli effetti negativi derivanti dalla prospettata rinuncia della sanzione verrebbero controbilanciati dalle ombre che una norma penale getterebbe sulla certezza e solidità futura del *pactum sceleris*¹⁷⁵.

L'obiezione ultima appena prospettata è legata ad una prognosi fattuale di scarso successo. Nonostante ciò, se si superano le obiezioni “di principio”, la prospettiva di una corretta induzione alla collaborazione dietro la promessa di un “premio”, più che un rischio da temere, appare una «una possibilità che è legittimo tenere aperta¹⁷⁶».

6.2. Whistleblowing.

Sarebbe illusorio pensare di favorire il “disvelamento” dei fatti di corruzione privata agendo esclusivamente sulla propensione alla denuncia dei soggetti direttamente coinvolti nello scambio illecito.

Anche soggetti che non hanno alcun interesse nel rapporto illegale tendono a non segnalare le loro conoscenze su fatti illeciti altrui: vuoi per una sorta di solidarietà tra colleghi, vuoi

¹⁷¹ Così, da ultimo, M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione*, cit., 281 ss., che, condivisibilmente, critica un eventuale spostamento in avanti del termine utile alla concessione del premio fino all'«esercizio dell'azione penale». In tal modo, infatti, la disciplina premiale s'invischia nella logica processuale e la prospettiva del premio amplifica le potenziali pressioni sull'indagato, «specie quando una disinvolta utilizzazione delle misure cautelari può agevolare la confessione non solo per consentire all'indagato di riacquistare al più presto lo *status libertatis*, ma per ipotecare il futuro trattamento di favore in sede di giudizio».

¹⁷² F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in AA. VV., *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, a cura di F. Palazzo, Firenze, 2011, 43.

¹⁷³ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 1986, 407 ss.

¹⁷⁴ M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, cit., 1 ss.

¹⁷⁵ M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione*, cit., 281.

¹⁷⁶ D. PULITANO, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 1997, 31.

per il timore di subire atti di discriminazione di tipo ambientale o da parte di superiori gerarchici.

E' necessario quindi agire in modo efficace al fine di favorire la collaborazione di terzi che pur estranei all'accordo corruttivo, ne vengono a conoscenza in ragione della loro posizione o della loro attività professionale.

E' il tema del c.d. *Whistleblowing*¹⁷⁷, espressione che designa la rivelazione di episodi corruttivi, fatta di propria iniziativa da un soggetto appartenente ad una determinata organizzazione, privata o pubblica, alle competenti autorità esterne a tale organizzazione (*external whistleblowing*) in grado di adottare efficaci azioni di risposta. La denuncia può avvenire anche in mancanza di un'espressa autorizzazione da parte della prima (*unauthorized whistleblowing*), trattandosi di fatti collegati all'organizzazione di appartenenza. In un'accezione più ampia, si possono includere le segnalazioni ad organismi di vigilanza interna (*internal whistleblowing*) e quelle provenienti da soggetti estranei all'organizzazione coinvolta nel fatto illecito (*outside whistleblowing*)¹⁷⁸.

Si tratta di un fenomeno già considerato da alcuni strumenti normativi sovranazionali in materia di corruzione. Il riferimento è alla Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, il cui art. 9 pone a carico degli Stati contraenti l'obbligo di adottare misure idonee alla tutela dei *whistleblowers*¹⁷⁹, e alla Convenzione ONU di Merida del 2003, il cui art. 33 si limita a sollecitare gli Stati a prendere in considerazione questa possibilità. Entrambe le convenzioni si riferiscono al c.d. *unauthorized whistleblowing* e al conseguente conflitto tra il dovere di confidenzialità e di fedeltà nei confronti del datore di lavoro, da un lato, e quello di riferire fatti di corruzione, dall'altro.

E' comunque assai significativo come entrambe le convenzioni non facciano differenza alcuna tra corruzione pubblica e corruzione privata, segno che ad avviso del legislatore sovranazionale l'azione delle "vedette civiche" può sortire i benefici effetti anche in contesti di attività diversi da quella politico-amministrativa.

Non v'è dubbio che la diffusione del *whistleblowing* passa attraverso la strada dell'autoregolamentazione aziendale. Da questo punto di vista, il riferimento agli «*obblighi*

¹⁷⁷ In argomento, nella letteratura in lingua italiana, G. FORTI, *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in AA.VV., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci-G. Marconi, Torino, 2009, 24 ss.

¹⁷⁸ Del tutto irrilevanti sono le motivazioni che spingono il soggetto ad agire, che possono essere le più varie, persino di natura economica. I c.d. *Prosocial Organizational Behaviors* risultano moralmente accettabili anche in assenza di un'azione posta in essere per puro altruismo.

¹⁷⁹ L'art. 9, rubricato «*Tutela del dipendente*», stabilisce che: «*ciascuna parte prevede nel suo diritto interno una tutela adeguata contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti dei dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denuncino fatti di corruzione alle persone o alle autorità responsabili*».

di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli», contenuto dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, ha rappresentato un primo seme della disciplina del fenomeno¹⁸⁰ in Italia.

Nel privato, la “segnalazione” non è solo strumento di garanzia del rispetto delle “regole del gioco”, (*rectius*, delle regole della concorrenza), ma è una razionale modalità per ridurre controversie per fatti di corruzione e per prevenirne i costi. E' però evidente che la protezione che deriva dagli obblighi informativi contenuti nei modelli organizzativi o nei codici etici non poteva ritenersi sufficiente, ma doveva essere integrata e rafforzata attraverso una specifica disciplina normativa.

Si è trattato di un altro tassello di quella strategia integrale di intervento penale, alla quale sono ascrivibili codici di comportamento ed etici¹⁸¹.

La sede che intende ricercare il legislatore per poter disciplinare il fenomeno del *whistleblowing* non è di facile portata: si pensi alla necessità di bilanciare il diritto del “datore di lavoro” a pretendere fedeltà, riservatezza e discrezione da parte dei propri dipendenti ed il diritto alla libertà di espressione in tutte le sue dimensioni. A ciò si aggiunga: senza trascurare il potenziale conflitto tra diritto a comunicare condotte o fatti corruttivi entro l'ente ed i diritti delle persone a vario titolo coinvolte nella situazione; conflitto che si traduce nella necessità di garantire un adeguato livello di riservatezza, oltre all'anonimato del denunciante. In breve: un reticolato di interessi ed esigenze, spesso contrapposti, rispetto al quale non è certo agevole trovare soddisfacenti punti di equilibrio¹⁸².

Un primo esplicito riconoscimento a livello normativo del ruolo del *whistleblower* si è avuto da parte del co. 51 dell'art. 1, l. n. 190/2012, che ha inserito nel T.U. sugli impiegati dello Stato un “nuovo” art. 54 *bis*, rubricato «*Tutela del dipendente che segnala illeciti*».

¹⁸⁰ G. M. ARMONE, *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, 128 ss. in AA. VV., *Protezione delle “vedette civiche”*, a cura di G. Fraschini- G. Parisi- D. Rinoldi, Milano, 2009, 173 ss. Sottolinea le affinità del whistleblowing con l'«organizzazione aziendale e quindi con i modelli ai sensi del d.lgs. n. 231/2001». A. ALESSANDRI, *I delitti di corruzione e riciclaggio nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 marzo 2013, 143. Meccanismi analoghi sono presenti anche nel sistema della sicurezza del lavoro. Gli articoli 19, co. I, lett. f) (per il preposto) e 20, co. II, lett. e) (per il lavoratore), impongono di segnalare eventuali deficienze e situazioni di pericolo riscontrate.

¹⁸¹ G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2014, 552.

¹⁸² In argomento, anche per i relativi riferimenti, G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., 578 ss.; F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 5/2015, 24.

Si tratta di una previsione significativa sul piano simbolico, ma non del tutto adeguata sul piano dell'effettività della tutela. Ciò a cagione di talune incongruenze che contraddistinguono la disciplina adottata.

Innanzitutto, non si chiarisce quale intensità debba avere il livello di conoscenza del fatto denunciato; ne consegue la possibile applicazione dell'istituto di protezione anche all'ipotesi in cui la denuncia si basi su meri sospetti non supportati da elementi probatori certi.

In secondo luogo, l'efficacia dell'esimente è depotenziata dalla scelta di escluderne l'operatività non solo in presenza di un dolo di calunnia o diffamazione in capo al *whistleblower* al suo comportamento di “buona fede”, concetto certamente più lato della “assenza totale di colpa”¹⁸³.

La limitazione soggettiva della tutela ai soli dipendenti pubblici è la prova della scarsa considerazione del legislatore riguardo i problemi della corruzione in ambito privato. La scelta risultava per molti versi illogica e disfunzionale rispetto agli obiettivi perseguiti (di contrasto alla corruzione politico-amministrativa).

Non vi sono ragioni per ritenere che solo soggetti inseriti in un'organizzazione di tipo pubblicistico possano “conoscere” fenomeni di corruzione e siano quindi meritevoli di protezione nel caso in cui le segnalino ai superiori o alle autorità. Si pensi, ad esempio, al dipendente di un istituto di credito o all'impiegato di un ufficio contabile di una società che si accorgano di operazioni economiche o finanziarie “sospette” e le denuncino¹⁸⁴.

Ciò vale a maggior ragione per i fatti di corruzione privata, rispetto ai quali il ruolo di “vedetta civica” potrà essere recitato quasi esclusivamente dai soggetti operanti in ambito privato.

Non a caso, nei sistemi di *common law*, la disciplina del *whistleblower* è applicata indistintamente al settore pubblico ed a quello privato¹⁸⁵.

Un rafforzamento della protezione del *whistleblower* e una sua estensione al settore privato si è avuto con l'entrata in vigore della l. 30 novembre 2017, n. 179, («*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni dei reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*»).

¹⁸³ R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54 bis del d.lgs. n. 165/2001*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B. G. Mattarella - M. Pelissero, Torino, 2013, 257; F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione* in www.federalismi.it, n.5/2015, 25.

¹⁸⁴ Nella giusta direzione si muovono gli artt. 52 bis e ter T.u.b., introdotto dall'art. 1, co. XVIII, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che prevedono un sistema di segnalazioni interne ed esterne.

¹⁸⁵ In argomento, R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit., 245 ss.

Il provvedimento in questione precisa espressamente che nel caso di segnalazione del *whistleblower*: «*il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 c.p. e all'articolo 2105 c.c.*» (art. 3, co. I). La previsione sottende la logica del bilanciamento, tipica delle scriminanti, atteso che si fonda sulla sussistenza di un interesse prevalente rispetto a quelli tutelati dalle suddette norme incriminatrici¹⁸⁶.

Tale prevalenza è esclusa «nel caso in cui l'obbligo di segreto professionale gravi su chi sia venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata» (art. 3, co. II).

In secondo luogo, la legge riscrive il summenzionato art. 54 *bis* d.lgs. n. 165/2001. Le principali novità riguardano: 1) l'ampliamento della nozione di «pubblico dipendente» soggetto alla protezione; 2) la moltiplicazione dei canali di segnalazione; 3) il rafforzamento della tutela dell'anonimato del segnalante; 4) il maggior ruolo dell'ANAC nel sanzionare l'ente che si renda responsabile di atti discriminatori nei confronti del segnalante.

Di particolare interesse risulta l'art. 2 che interviene sulla disciplina dei modelli organizzativi e di gestione, predisposti dalle società ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 per prevenire la commissione dei reati, prevedendo che siano inserite norme specifiche a tutela della riservatezza di chi segnala illeciti e contro eventuali misure ritorsive e discriminatorie.

In particolare il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 6 d.lgs. n.231/2001: 1) impone all'ente l'adozione di procedure di segnalazione e di misure idonee a garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e dunque, a tal fine, canali alternativi di segnalazione (anche per via informatica) per garantirne l'anonimato; 2) vieta alla società di adottare qualsivoglia atto ritorsivo o sanzionatorio, prescrivendo, altresì, la nullità del licenziamento discriminatorio.

Anche in questo caso si prevede un bilanciamento tra l'esigenza di tutela del segnalante e quella di prevenire il rischio di segnalazione pretestuose ed infondate. L'ente è tenuto ad adottare sanzioni disciplinari non solo «*nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante*», ma anche «*nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate*».

¹⁸⁶ A. GULLO, *L'interesse pubblico come giusta causa della rivelazione nei delitti in materia di segreto*, in AA. VV., *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità, Atti del Convegno annuale del Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 18-19 novembre 2019*, a cura di A. P. Della Bella - S. Zorretto, Milano, 2021, 265 ss.

Nel complesso la tutela offerta al segnalante che opera nel settore privato appare un po' meno forte di quella assicurata ai segnalanti pubblici. Inoltre, la rilevanza è limitata alle sole segnalazioni di condotte illecite «*fondate su elementi di fatto precisi e concordanti*». Nulla si dice rispetto alla segnalazione del dipendente pubblico. Sotto questo profilo, il recente intervento legislativo non ha corretto il deficit di precisione che caratterizzava l'originale versione dell'art. 54 *bis*, d.lgs. n. 165/2001¹⁸⁷.

Anche l'ultimo provvedimento legislativo al pari delle fonti sovranazionali e della vigente legislazione interna, si limita alla tutela del “suonatore di fischiello” nei confronti delle ritorsioni cui potrebbe andare incontro.

Per quanto imprescindibile, questo approccio *lato sensu* “difensivo” è ben lontano dal garantire un efficace contributo delle “vedette civiche” nella emersione dei fatti corruttivi. Non è peregrino ipotizzare strumenti volti a “stimolare” e promuovere la diffusione del *whistleblowing*. Le strade astrattamente ipotizzabili sono essenzialmente due: quella repressiva e quella premiale.

Muoversi nella prima delle due prospettive significa ipotizzare dei veri e propri obblighi di segnalazione a carico dei potenziali *whistleblowers*, l'inosservanza dei quali farebbe scattare una qualche forma di responsabilità penale. È un esito che in dottrina si è ritenuto già realizzato con l'entrata in vigore dell'art. 54 *bis*¹⁸⁸, per effetto del combinato disposto tra tale norma e l'art. 8, d.lgs. 16 aprile 2013, n. 62 (*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*), in forza del quale il dipendente «*fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza*».

Senonché non sembra condivisibile una lettura delle norme in questione come fonti di veri e propri obblighi di segnalazione penalmente sanzionati. Questi ultimi sussistono in quanto imposti dagli artt. 361 e 362 c.p., e derivano dalla posizione di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio rivestita dal soggetto “non denunciante”. Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici si limita a prevedere una responsabilità disciplinare.

Né pare auspicabile accompagnare il riconoscimento della protezione del *whistleblower* con la previsione di specifiche sanzioni penali per la mancata denuncia di fatti illeciti di cui sia venuto a conoscenza. Il risultato sarebbe l'instaurazione di un regime di controllo diffuso e permanente, una sorta di “voyerismo salvifico” che penetri le maglie del sistema

¹⁸⁷ F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 178. Nello stesso senso, F. MARTINES, *La Legge 190/2012*, cit., 26.

¹⁸⁸ G. AMATO, *Profili penalistici, del whistleblowing*, cit., 597 ss.

penale. L'importanza di un approccio preventivo nel contrasto dei fenomeni corruttivi e la necessità di rafforzare gli strumenti di emersione dei medesimi non può tradursi nell'adozione di una sorta di "Wachsamkeitsmodell": nel quale la trasparenza e il controllo passano attraverso l'emancipazione del cittadino e del lavoratore che si fa controllore e denunciante: una sorta di "panoction", nel quale ogni cittadino e lavoratore si fanno controllori e controllati; ma dove i soggetti, sono sì indotti all'interiorizzazione del valore deterrente del comando penale, ma privati dalla possibilità di conoscere le circostanze del controllo medesimo¹⁸⁹.

La mancanza di un adeguato meccanismo di "incentivi alla denuncia", del resto, costituisce causa dei risultati tutto sommato deludenti ottenuti dalle forme di *whistleblowing* sperimentate nel nostro ordinamento in settori diversi dalla lotta della corruzione¹⁹⁰.

Quali garanzie si possono avere in merito all'autenticità e alla genuinità della denuncia?

La propensione alla denuncia è tanto più maggiore, quanto più il contesto culturale in cui opera il potenziale *whistleblower* è portato a valutare in termini positivi la collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Laddove il denunciante viene ancora percepito, nell'ambiente sociale di riferimento, come un delatore, come una spia, la spinta a non esporsi con la segnalazione rischia di risultare più forte dalla contropinta dalla prospettiva di una ricompensa. Del resto, non mancano studi socio-criminologici che smentiscono l'idea di una effettiva correlazione tra politica degli incentivi e diffusione del *whistleblowing*, mettendo in evidenza come spesso «coloro che hanno meno incentivi a "soffiare il fischietto" sono i più attivi, quelli che hanno i maggiori incentivi ad agire, intervengono molto raramente¹⁹¹».

Il *whistleblowing* non può rappresentare un surrogato degli strumenti pubblici di controllo e di accertamento della criminalità economica, in generale, e della corruzione, in particolare.

Dietro l'aspirazione verso un rafforzamento delle tutele e degli incentivi non si può nascondere una «una fuga nel "privato"», volta a sostituire un sistema di controlli che si è rivelato fallimentare con «rischiose iniziative dei dipendenti¹⁹²».

¹⁸⁹ R. HEFENDEHL, *Alle lieben Whistleblowing*, in *Grundlagen des Straf- und Strafvnfahrnsrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70.*, Berlin, 2009, 618. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, cit., 45, 64, A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., 61. G.M. FLICK, *Giustizia penale ed economia pubblica e privata: profili problematici*, in *Cass. Pen.*, 2017, 3466.

¹⁹⁰ A. MANGIONE, *Analisi economica del diritto penale e criminalità organizzata*, Catania, 2008, 233 ss., fa l'esempio del regime di segnalazione delle operazioni sospette.

¹⁹¹ A. DICK-A. MORSE- L. ZINGALES, *Who blows in whistle on corporate fraud?*, in *The Journal of Finance*, cit., 701.

¹⁹² G. MARINUCCI, *Il diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 2008, 1470 ss.

7. Il ruolo della persona giuridica tra prevenzione e repressione.

Il nuovo reato di «*Corruzione privata*» è stato inserito nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità della persona giuridica ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Ciò è anzitutto imposto dalle fonti sovranazionali, ma è altresì utile «sia per la necessità di scoraggiare politiche gestionali che possano incentivare la commissione di illeciti a proprio vantaggio, sia per favorire la predisposizione e l'attuazione di modelli organizzativi e gestionali atti a prevenire la commissione dell'illecito in esame». Non solo: nel momento in cui si estende la punibilità all'imprenditore individuale, la previsione della responsabilità dell'ente serve a scongiurare il rischio di un'ingiustificata disparità di trattamento.

Già la l. n. 190/2012 aveva rimediato al mancato riferimento all'art. 2635 c.c. nell'art. 25 *ter* d.lgs. n. 231/2001.

Il successivo d.lgs. n. 38/2017 ha provveduto a potenziare l'apparato sanzionatorio destinato all'ente, affiancando alle pene pecuniarie quelle interdittive¹⁹³.

Ciò in linea con l'art. 6 della Decisione quadro 2003/568/GAI, il quale, pur non prendendo posizione sulla natura giuridica delle sanzioni da irrogare all'ente, oltre a ribadire la necessità che le stesse presentino caratteri di effettività, proporzionalità e dissuasività, prevede che quelle pecuniarie siano accompagnate da altre sanzioni, tra cui:

- a) l'esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico;
- b) il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale;
- c) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria;
- d) provvedimenti giudiziari di liquidazione.

Si tratta di una prospettiva politico-criminale meritevole di essere mantenuta: la sola previsione della pena pecuniaria sortirebbe effetti general- e special preventivi assai limitati, stante la monetizzazione del rischio penale che ne deriverebbe.

La l. n. 190/2012 ha limitato la responsabilità dell'ente alla sola ipotesi di «*Corruzione tra privati*» attiva ex art. 2635, co. III, c.c.; scelta ribadita dal d.lgs. n. 38/2017.

La soluzione non risulta indifferente alla scelta in ordine agli assetti di tutela.

Muovendo dal presupposto che la corruzione privata offende un bene giuridico di cui è titolare la persona giuridica per conto della quale agisce l'autore del reato, la esclusione della responsabilità dell'ente per la forma passiva può risultare tutto sommato plausibile.

Se si accoglie un modello di intervento penale ispirato alla tutela della concorrenza, al contrario tanto il corrotto, quanto il corruttore possono agire «*nell'interesse*» o a

¹⁹³ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 217 ss.

«vantaggio» dell'ente, dal momento che quest'ultimo può ben beneficiare del comportamento posto in essere dalla persona fisica che operi al suo interno e che si sia fatta corrompere «*al fine di favorire indebitamente qualcuno nella compravendita di beni o nella fornitura di servizi*». Da qui la necessità di inserire nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità da reato della persona giuridica la “corruzione privata” *tout court*, senza distinguere tra forma attiva e forma passiva.

L'inclusione della corruzione privata nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità da reato delle persone giuridiche comporta inevitabilmente la necessità di implementare il modello di organizzazione e di gestione.

Se rispetto alla corruzione pubblica la prevenzione è circoscritta alle attività svolte dall'ente in rapporto con la pubblica amministrazione ed alla operatività delle persone fisiche in potenziale contatto con pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, in relazione alla corruzione privata «si allarga ad un più ampio contesto situazioni e di soggetti operanti, vista la molteplicità delle relazioni d'affari che la persona giuridica ed i suoi esponenti hanno con figure potenzialmente da corrompere¹⁹⁴».

Si tratta di predisporre forme di organizzazione e di controllo interno atte ad evitare che, nelle relazioni dell'ente con *partner* industriali e commerciali, il legittimo interesse della persona giuridica a massimizzare i profitti sia realizzato attraverso comportamenti corruttivi.

L'area di rischio penale interessata dalla «Corruzione privata» si presenta, non solo in gran parte inedita, ma anche particolarmente ampia: se un primo gruppo di attività sensibili, riguardando la formazione della provvista di denaro necessaria all'attività corruttiva, è già oggetto di considerazione, in quanto comuni alla corruzione pubblica, non così per tutti quei processi che possono consentire la materializzazione del beneficio derivante dal *pactum sceleris*.¹⁹⁵ Qui occorrerà tener conto della diversità di contesto tra settore pubblico e settore privato e della maggiore flessibilità che deve essere riconosciuta nel campo dei rapporti tra enti privati, in ossequio alla libertà contrattuale ed economica sancita dall'art. 41 Cost.¹⁹⁶.

¹⁹⁴ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit., 60. Nello stesso senso, S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 69; M. SCOLETTA, *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata)*, cit., 487. Di contrario avviso, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza “globale” e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione*, Roma, 2013, 243, secondo la quale l'impatto dell'inclusione della Corruzione tra privati tra i reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 «sarà meno forte di quello che a prima vista potrebbe immaginarsi».

¹⁹⁵ M. IPPOLITO, *Corruzione tra privati: aggiornamento dei modelli organizzativi, tra attività sensibili e protocolli specifici*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2013, 3, 33 ss.; P. DE ANGELIS- A. JANNONE, D. L. *Anticorruzione. La corruzione tra privati e la tentazione del “panpenalismo”*. *Cosa cambia nel modello*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2012, 4, 76 ss.

¹⁹⁶ M. SCOLETTA, *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata)*, cit., 489.

Un ultimo profilo meritevole di attenzione è legato al rapporto tra i modelli organizzativi *ex d.lgs. n. 231/2001* e i piani anticorruzione previsti dalla l. n. 190/2012.

Problemi di interferenza tra i due strumenti di prevenzione della corruzione emergono con riferimento agli enti economici, agli enti privati sottoposti a controllo pubblico e per gli enti privati partecipanti, ma non controllati dal pubblico.

La disciplina applicabile è la seguente: alle prime due categorie si applicano entrambe le discipline previste dalle suddette fonti normative; agli enti partecipati (ma non controllati) si applica il d.lgs. n. 231/2001 e, per gli aspetti della trasparenza, la l. n. 190/2012.

In dottrina si è osservato come una estensione della responsabilità dell'ente alla corruzione privata passiva, oltre che attiva, dovrebbe essere accompagnato da una chiarificazione dei rapporti tra le due discipline.

In particolare, ai piani anticorruzione dovrebbe essere affidato il compito di prevenire la corruzione pubblica passiva, mentre ai modelli organizzativi *ex d.lgs. n. 231/2001* dovrebbe essere demandata la prevenzione della corruzione pubblica attiva, oltre che di quella "privata" attiva e passiva¹⁹⁷.

8. Considerazioni conclusive sulla proposta formulata.

Alla luce di quanto suesposto, è possibile sintetizzare i risultati dell'indagine affrontata, volta alla costruzione di una nuova fattispecie incriminatrice dedicata alla tutela della concorrenza.

Ciò significa che, sulla base delle riflessioni affrontate e dell'analisi degli accenni più problematici, la disposizione – con la rubrica *Corruzione privata* potrebbe essere formulata come segue:

«Chiunque nell'esercizio di un'attività professionale o imprenditoriale, ovvero di amministrazione o direzione di una persona giuridica privata, per effetto della dazione o della promessa di una retribuzione non dovuta, per sé o per un terzo, compie od omette un atto al fine di favorire indebitamente qualcuno nella compravendita di beni o nella fornitura di servizi è punito con la reclusione da uno a tre anni.

La pena è ridotta se i fatti di cui al primo comma sono posti in essere da chi lavori alle dipendenze o per conto dei soggetti ivi indicati.

¹⁹⁷ In argomento, R. BARTOLI, *I piani ed i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 1507 ss.; S. BARTOLOMUCCI, *Compliance Programs delle società in mano pubblica e prospettive d'integrazione in chiave di Anticorruzione amministrativa*, in *Società*, 2016, 360 ss.

Le pene previste ai commi precedenti si applica a chi dà o promette la retribuzione non dovuta, sempre che sia compiuto o omesso l'atto di cui al primo comma.

La pena è aumentata se il fatto è commesso dal medico, dal veterinario o dal farmacista al fine di agevolare indebitamente la diffusione di specialità medicinali o di ogni altro prodotto ad uso farmaceutico.

Non è punibile chi, prima che la notizia di reato sia nota all'autorità e comunque entro sei mesi dalla sua commissione, spontaneamente lo denuncia e si adopera efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove del reato e per l'individuazione di altri responsabili, oltre che per il sequestro delle somme ricevute o trasferite».

L'equiparazione del trattamento sanzionatorio riservato al "corrotto" ed al "corruttore" appare discutibile se applicato ai modelli di incriminazione di tipo lealistico o patrimonialistico. Non così in un contesto di tutela della "concorrenza leale": bene giuridico rispetto al quale si registra una sostanziale equidistanza dei soggetti coinvolti nel *pactum sceleris*.

Nell'ambito dei delitti di corruzione pubblica, a fronte della parificazione indicata nell'art. 321 c.p., la prassi evidenzia un atteggiamento di maggiore rigore nei confronti degli intranei¹⁹⁸.

In questo modo, il formante giurisprudenziale sembra correggere un'aporia del trattamento sanzionatorio: la posizione del privato rispetto al pubblico ufficiale ed all'incaricato di pubblico servizio ed i doveri gravanti sui secondi in funzione di garanzia rispetto al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione giustificerebbe un diverso trattamento sanzionatorio.

Quanto al regime di procedibilità, il carattere diffuso dell'interesse tutelato e degli effetti che potrebbero derivare dalla sua aggressione mediante corruzione lasciano preferire la soluzione della procedibilità d'ufficio.

Un'ultima annotazione merita la collocazione sistematica del "nuovo" reato di «*Corruzione privata*».

Con l'abbandono del modello patrimonialistico e la scelta di ampliare l'ambito di applicazione del delitto oltre il campo ristretto delle società commerciali, coinvolgendo anche attività imprenditoriali o professionali organizzate in forma individuale, l'inserimento nel Codice civile, tra i reati societari, non si potrebbe più giustificare. Né i termini della questione mutano dopo che la rubrica del Titolo XI del Libro V del Codice

¹⁹⁸ V. MANES, *Manifesto e latente nella repressione delle fenomenologie corruttive*, in *Cass. Pen.*, 2009, 457; P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 223 ss.

Civile è stata emendata con l'aggiunta del riferimento ad «altri enti privati»: anche perché l'accoglimento di una prospettiva di tutela di un interesse esterno alla società, oltre che di rilievo pubblicistico (la concorrenza), risulterebbe estraneo all'impianto di matrice patrimonialistica dato a questo settore dalla riforma del 2002.

L'alternativa è tra l'inserimento nel Codice penale e la previsione di una legge speciale dedicata in maniera specifica alla "corruzione privata". Questa soluzione avrebbe il vantaggio di riunire in un solo testo normativo, la fattispecie incriminatrice e le altre disposizioni di carattere preventivo o repressivo, come, per esempio, la disciplina della tutela del *whistleblower*. Il costo è una minore visibilità col conseguente rischio di veicolare un'immagine di bagatellizzazione o comunque di non "restituire" il reale disvalore del reato.

Sarebbe pertanto preferibile la collocazione della fattispecie di «*Corruzione privata*» all'interno del Codice penale, in linea con una tendenza da tempo in atto negli altri ordinamenti europei di *civil law*. Individuata la naturale *sedes materiae* della "nuova" fattispecie, il passo successivo è capire in quale Titolo e in quale Capo la stessa debba essere inserita.

Certo non si giustificerebbe una collocazione "in coda" ai delitti di corruzione politico-amministrativa, all'interno del Capo I del Titolo II del Libro II. Una simile soluzione oltre a denunciare un eccessivo appiattimento sul modello della corruzione pubblica, si porrebbe in contrasto con l'intitolazione di quel capo («*Dei delitti dei pubblici ufficiali*»), oltre a risultare estraneo agli interessi ivi tutelati.

La naturale collocazione della norma non può essere che quella dei «*Delitti contro l'economia pubblica*». Basti pensare che le fattispecie incriminatrici poste a tutela della concorrenza trovano già oggi la loro *sedes materiae* proprio nel Titolo VIII del Libro II del Codice penale.

Lungi dal risolvere definitivamente il problema qui considerato apre piuttosto nuove questioni di non facile soluzione, stante i contrasti non sopiti in dottrina circa gli esatti confini di una simile categoria.

Contrasti che sono il riflesso della natura multiforme del concetto stesso di economia. Si tratta di un concetto storicamente condizionato, più permeabile degli altri alle influenze dell'ideologia statale e delle concezioni economiche dominanti in un certo arco temporale. Un dato che emerge dall'esame dell'attuale assetto dei delitti contro l'economia nel codice penale e che è alla base della sua marginalizzazione in sede applicativa.

E' evidente che la soluzione in merito alla giusta *sedes materiae* di un delitto di «*Corruzione privata*» dipende dall'ampiezza del contenuto che si intende attribuire alla

categoria dei reati contro l'economia. Se, infatti, si accoglie una nozione fortemente restrittiva di "economia pubblica", limitata alle sole attività economiche il cui esercizio la collettività ha integralmente delegato allo Stato, non pare esservi spazio per una fattispecie come quella qui considerata.

Se si ritiene preferibile una ricostruzione della categoria come insieme d'illeciti in materia economica¹⁹⁹, allora non vi dovrebbero essere controindicazioni all'inclusione al suo interno di un reato di corruzione posto a tutela della concorrenza.

¹⁹⁹ L. FOFFANI, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati di impresa*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2007, 759 ss.

CONCLUSIONI

Sulla base delle considerazioni svolte e dell'analisi dei profili più problematici, si può ben notare come le iniziative del legislatore italiano si traducano in una trasposizione non compiuta della disciplina europea, quantomeno relativamente alla responsabilità delle persone giuridiche per corruzione privata, dal momento che il nostro ordinamento non prevede tale forma di responsabilità nelle ipotesi di corruzione passiva.

L'assetto non è cambiato neppure a seguito dell'emanazione della L. n. 3/2019, (c.d. legge "Spazzacorrotti"), che, se da un lato ha introdotto l'innovativa procedibilità d'ufficio per le fattispecie di corruzione tra privati e di istigazione alla stessa *ex art. 2635 bis c.c.*, ove appunto compiute da persone fisiche, nulla dispone in merito alla responsabilità da reato della persona giuridica per i medesimi fatti criminosi. Orbene, il mancato intervento sul D.lgs. 231/2001 si presenta come un'occasione persa per il legislatore.

Tra gli interventi normativi senza dubbio più rilevanti in materia rimane il d.lgs. n. 38/2017 che si è adeguato parzialmente alla Decisione quadro 2003/568/GAI.

Ancora una volta, tuttavia, il vizio principale della disciplina italiana oggi vigente emerge dalla considerazione delle aspettative e degli impegni comunitari.

Infatti, come era già stato evidenziato da altri, l'originaria scelta della procedibilità a querela era giustificabile solo nella previsione di un modello di tipo prettamente "privatistico" e ciò in ragione degli effetti negativi di "pubblicità processuale", che rischiano indirettamente di colpire l'ente di appartenenza del soggetto corrotto; ed il passaggio al modello lealistico con la procedibilità d'ufficio non ha determinato alcuna novità né ha colmato alcuna lacuna prima prevista.

Si è dimostrato quindi che la scelta italiana di intervenire con circoscritte modifiche correttive sulle sole disposizioni incriminatrici già in vigore, senza una attenta e consapevole riflessione sulla dimensione complessiva degli spazi di tutela così coperti dalle fattispecie oggi previste, lascia in evidenza il permanere di importanti vuoti di disciplina, inquadrando la già complessa ed articolata evoluzione del reato di "corruzione tra privati" nel contesto di una sicura metamorfosi di fondo: una metamorfosi, tuttavia, ancora viziata ed incompleta, in quanto inadatta a caratterizzare l'attuale disciplina nazionale quale modello di effettiva ed efficace tutela "pubblicistica" della concorrenza e del mercato, pienamente allineato alle raccomandazioni comunitarie.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ACQUAROLI R.- FOFFANI L., *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in AA. VV., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acqualori-L.Foffani, Milano, 2003, 1 ss.
- ALDOVRANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA. VV., *I nuovi reati societari. Commentario al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. Lanzi-A. Cadoppi, Milano, 2002, 147 ss.
- ALESSANDRI A., *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo del diritto penale societario*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1550.
- ALESSANDRI A. *I delitti di corruzione e di riciclaggio nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 marzo 2013, 1 ss.
- AMATI E., *Le infedeltà*, in AA.VV., *I reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 400 ss
- AMATI E., *Corruzione tra privati*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, 2015, 375 ss.
- AMATO GIOV., *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2014, 549 ss.
- AMBROSETTI E. M. - MEZZETTI E.- RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012.
- ANDREAZZA G.- PISTORELLI L., *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190, (Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*. Relazioni a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 novembre 2012, 1 ss.
- ANGIOINI F., *Contenuti e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto Penale. Leggi complementari, I*, Milano, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2016.
- ARMONE G.M., *La corruzione nel settore privato*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, a cura di G. M. Arnone-B. R. Cimini-F. Gandini-G.Iuzzolino-G. Nicastro-A. Pioletti, Milano, 2006, 265 ss.
- BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella-M. Pelissero, Torino, 2013, 435 ss.
- BARTOLI R., *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?* In *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 5 ss.
- BARTOLOMUCCI S. *Compliance programs delle società in mano pubblica e prospettive d'integrazione in chiave di anticorruzione amministrativa*, in *Le società*, 2016, 360 ss.

- BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.
- BELLACOSA M., *La corruzione privata societaria*, in AA.VV., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. Del Vecchio - P. Severino, Padova, 2014, 11 ss.
- BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2013.
- BENUSSI C., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, in *dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2015, 1 ss.
- BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, cit., I, 3 ss.
- BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2011, 536 ss.
- BOLEA BORDERO C., *El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis, en Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson S.L., 2016, 101 ss.
- BORLINI L., *Strumenti ed iniziative di lotta alla corruzione nel commercio internazionale*, in AA.VV., *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, a cura di G. Sacerdoti, Milano, 2012, 30 ss.
- BRICCHETTI R., *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida dir.*, 2012, 48, XXXIV ss.
- BRICCHETTI R., *La corruzione tra privati*, in *Ind. Pen.*, 2014, 71 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.
- BRUNELLI D., *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, n. 23/2012.
- BURGER S., §299 StGB- *eine Straftat gegen den Wettbewerb?*, in *Wistra*, 2003, 130 ss.
- CAPUTO M., *Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione dei membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e dei funzionari delle Comunità europee e di stati esteri*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di S. Canestrari- G. De Simone, Bologna, 2015, 241 ss.
- CANESTRARI S.- CORNACCHIA L.- DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2017.
- CANTONE R., *La tutela del Whistleblower: l'art. 54 bis del d.lgs. n. 165/2001 (Art. 1 comma 51)*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B. G. Mattarella- M. Pelissero, Torino, 2013, 243 ss.
- CASTRO MORENO A., *Corrupcion entre particulares*, in *Memento experto, Reforma Penal 2010*, a cura di I. Ortiz de Urbina, 2010, 294 ss.
- CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penali*, Milano, 2009.

CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, 131 ss.

CERQUA L.D., *Sub art. 2624 c.c.*, in AA.VV., *I reati societari. Commentario aggiornato sulla l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. Lanzi - A. Cadoppi, Milano, 2002, 77 ss.

CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012.

CLERICI A.L., *La corruzione tra privati*, 2017, 68 ss.

CRISTIANI A., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003.

CUGAT MAURI M., *Corrupcion privada*, in J. Boix reig, *Diccionario de Derecho penal economico*, Madrid, 2008, 277.

DAVIGO P.- MANNOZZI G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007.

DE ANGELIS L., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Le Società*, 2006, 401 ss.

DE ANGELIS P.- JANNONE A.D.L., *Anticorruzione. La corruzione tra privati e la tentazione del "panpenalismo". Cosa cambia nel modello*, in *Resp. Amm. Soc. enti.*, 2012, 4, 61 ss.

DERASMO G., *Corruzione tra privati, diritto penale e diritto penale europeo*, <https://www.filodiritto.com/il-contrasto-alla-corruzione-tra-privati-nello-spazio-di-liberta-sicurezza-e-giustizia>, par. 2.

DELITALA G., *"Il fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, 2012.

DELL'OSSO A. M., *I reati in materia di revisione legale dei conti*, in AA.VV., *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Torino, 2016, 86 ss.

DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2008.

DICK A.- MORSE A.- ZNGALES L., *Who blows in whistle on corporate fraud?*, consultabile dall'indirizzo url http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891482.

DI MARTINO A., *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in AA. VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella-M. Pelissero, Torino, 2013, 355 ss.

DI VIZIO F., *La corruzione tra privati: lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra la lealtà dell'ente ed il funzionamento meritocratico del mercato*, Relazione al convegno *Il Potere e La Corruzione*, Rimini, 23-24 Novembre 2018, organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti ed esperti contabili di Rimini e dell'ordine degli avvocati di Rimini.

DOLCINI E.- VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 1/2012, 222 ss.

- DOLCINI E., *Appunti su corruzione e leggi anti-corruzione*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2013, 527 ss.
- DOLCINI E., *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2013, 1 ss.
- DOMENICONI G., *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2016, 1 ss.
- EUSEBI L., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium juris*, 2001, 272 ss.
- FEIJOO SANCHEZ B., *Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido*, in *Perspectiva penal actual*, 2012, 63 ss.
- FEINBERG J., *The expressive function of punishment*, in R. A. Duff.- D. Garland (Eds.), *A reader of punishment*, Oxford, 1994, 73 ss.
- FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, I, Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 2013.
- FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- FICO D., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: competenze e responsabilità*, in *Le Società*, 2006, 821 ss..
- FLICK G.M., *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1994, 945 ss.
- FLICK G.M., *Dall'adelante con moto all'adagio ma non troppo (Variazioni sul tema di diritto penale dell'economia)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 424 ss.
- FLICK G. M., *Variazione sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca, Borsa, Tit. cred.*, 2011.
- FOFFANI L., *L'Infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1995, 457 ss.
- FOFFANI L., *Società*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo-C.E. Paliero, Padova, 2007, 2448 ss.
- FOFFANI L., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati di impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 751 ss.
- FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in AA.VV., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci-G. Marconi, Torino, 2009, 24 ss.
- GHINI A., *Infedeltà dei sindaci a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 17, 24 ss.
- GILI PASCUAL A., *Bases para la delimitacion del ambito tipico en el delicto de corrupcion privada*, in *Revista electronica de ciencia penal y criminologia*, 2007, I, 1 ss.
- GROSSO C.F., *L'iniziativa di Pietro su Tangentopoli*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2344 ss.

GULLO A., *L'interesse pubblico come giusta causa della rivelazione nei delitti in materia di segreto*, in AA. VV., *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del Convegno annuale del Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 18-19 novembre 2019, a cura di A. P. Della Bella-S. Zorzetto, Milano, 2021, 265 ss.

GULLO A., *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2003, 446 ss.

HEFENDEHL R., *Alle lieben whistleblowing, in grundlagen des straf-und strafver-fahrensrechts. festschrift fur knut amelung zum 70. geburstag*, Berlin, 2009, 618 ss.

IPPOLITO M., *Corruzione tra privati, aggiornamenti sui modelli organizzativi tra attività sensibili e protocolli di controllo specifici* in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 2, 38 ss.

IRRERA M., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 484 ss.

KINDHAUSSER U., *Voraussetzungen strafbaren korrption in staat, wirtschaft und gesellschaft, in zeitschrift fur internationalr strafrechtdogmatik (www.zis-online.com)*, 6/2011, 461 ss.

LA ROSA E., *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.

LA ROSA E., *La Corruzione interviene sui rapporti tra corruzione e comparaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1133 ss.

LA ROSA E., *Prospettive di repressione penale della corruzione privata nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA. VV., *Studi di diritto penale dell'economia*, a cura di P. Siracusano, Torino, 2007, 199 ss.

LUDERSSEN K., *Funzionalità dei mercati finanziari e diritto penale dell'economia- La "crisi finanziaria" apre nuove prospettive di criminalizzazione?*, in AA. VV., *Sicurezza e diritto penale, Actos del Convenio de Modena, (20-21 marzo 2009)*, a cura di M. Donini-P. Pavarini, Bologna, 2010, 289 ss.

LUDERSSEN K., *Il declino del diritto penale*, Ed. it., a cura di L. Eusebi, Milano, 2005.

MACCARI A.L., *Sub art. 2635*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002, 169 ss.

MANES V., *Manifesto e latente nella repressione delle fenomenologie corruttive*, in *Cass. pen.*, 2009, 454 ss.

MANGIONE A., *Analisi Economica del diritto penale e criminalità organizzata*, Catania, 2008.

MANNA A., *La riforma dei reati societari dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, 111 ss.

MANNOZZI G., *Combattere la Corruzione tra Criminologia e Diritto penale*, in *Dir. Porc. pen.*, 2008, 775 ss.

MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2017.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1982.

- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017.
- MARINUCCI G., *Il diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1465 ss.
- MARTINES F., *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, n. 5/2015.
- MASSI S., *Tutela penale della concorrenza "globale" e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione*, Roma, 2013.
- MASULLO M.N., *Sub art. 2635 c.c.*, in AA. VV., *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 2470 ss.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- MELCHIONDA A., *Art. 2635 c.c. ("Corruzione tra privati")*, in *Giur. it.*, 2012, 2698 ss.
- MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. It., dir. Proc. pen.*, 2004, 240, nt. 148.
- MEZZETTI E., *I reati societari*, in E.M. AMBROSETTI- E. MEZZETTI- M. RONCO, in *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.
- MILITELLO V., *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in AA. VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, a cura di V. Militello-L. Paoli-J. Arnold, Milano-Freiburg i. B., 2000, 41 ss.
- MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda- S. Seminara, Padova, 2002, 471 ss.
- MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda- S. Seminara, Padova, 2002, 493 ss.
- MILONE S.- PIOTTO A.M., *Gli interventi sulla legge n.69/2015 sui delitti contro la Pubblica Amministrazione e l'associazione di tipo mafioso: "molto rumore per nulla"?* in *Leg. Pen.*, 2016, 10.
- MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.
- MONGILLO V., *Le riforme in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2015, 1 ss.
- MORMANDO V., *PA: punita la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2008, Dossier/4, 99 ss.
- MUSCO E., *L'Illusione penalistica*, Milano, 2004.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.
- NAVARRO FRIAS I.- MALERO BOSCH L., *Corrupcion entre particulares y tutela del mercado*, in *Rev. para ele analisis del derecho* (*www. indret. com*), ottobre 2011, 1 ss.
- NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2009.

- PADOVANI T., *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2007.
- PAGLIARO A.- PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
- PAGLIARO A., *La lotta alla corruzione e la recente esperienza italiana "mani pulite"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1121 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.
- PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, n. 1/2012, 227 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2016.
- PALIERO C.E., *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. mer.*, 2006, 618 ss.
- PASTORE B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, 5 ss.
- PECCIOLI A., *Unione europea e criminalità transnazionale*, Torino, 2005.
- PEDRAZZI C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. Trim. dir. proc. pen.*, 1966, 278 ss.
- PELISSERO M., *La norma della corruzione nel progetto di corpus juris 2000: una chiave per l'armonizzazione europea?*, in AA.VV., *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sopranazionali*, a cura di G. Fornasari-N. D. Luisi, Padova, 2003, 287 ss.
- PELISSERO M., *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 277 ss.
- PELISSERO M., *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella- M. Pelissero, Torino, 2013, 327 ss.
- PELISSERO M., *Disposizioni comuni*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso-M. Pelissero, Milano, 2015, 19 ss.
- PERSIO P. T., *Il reato di corruzione tra privati nell'esperienza italiana e francese: modelli di tutela a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, 4255 ss.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1983.
- PICOTTI L., *Diritto penale comunitario e costituzione europea*, in AA.VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari-L. Foffani, Milano, 2005, 325 ss.
- PIERGALLINI C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda-S. Seminara, Padova, 2002, 79 ss.

- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261 ss.
- PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003.
- PULITANO' D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, 3 ss.
- REBECCA M., *Corruzione tra privati: ambito applicativo e profili problematici*, Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" (Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008), in www.dirpubblico.unipd.it.
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.
- ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2015.
- ROSI E., *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in AA.VV., *Il prezzo della tangente*, a cura di G. Forti, Milano, 2003, 233 ss.
- ROSSI A., *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e il sistema sanzionatorio*, in *Resp. amm. Soc. enti*, 2006, 4, 10 ss.
- ROSSI A., *Illeciti penali ed amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012.
- 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, 751 ss.
- ROSSI A., *Responsabilità degli enti: soggetti responsabili*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 2, 179 ss.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.
- SALAZAR L., *Profili penalistici dell'attuazione in Italia delle convenzioni anticorruzione dell'Ocse dell'unione europea*, in AA.VV., *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, a cura di G. Sacerdoti, Milano, 2002, 140 ss.
- SCHIAVANO G., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: profili penalistici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 171 ss.
- SCIUMBATA G., *I reati societari*, Milano, 2008.
- SCOLETTA M., *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma del sistema del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella- M. Pelissero, Torino, 2013, 467 ss.
- SCOPINARO L., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 c.c.)*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, Milano, 2003, 319 ss.
- SEMINARA S., *La corruzione: problemi e prospettive nella legislazione vigente*, in AA.VV., *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sopranazionali*, a cura di G. Fornasari- N. D. Luisi, Padova, 2003, 145 ss.
- SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, 2013, 61 ss.

- SEMINARA S., *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 713 ss.
- SGUBBI F., *Tutela penale degli “interessi diffusi”*, in *Quest. Crim.*, 1975, 469.
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005.
- SICURELLA R., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione Europea in materia penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2569 ss.
- SIRACUSANO P., *Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006, I, 739 ss.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penale dell’Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 1146 ss.
- SPADARO S.- PASTORE A., *La legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Milano, 2012.
- SPENA A., *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 805 ss.
- SPENA A., *Sub art. 318 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale Ipertestuale*, a cura di M. Ronco-B. Romano, Torino, 2012, 1619 ss.
- SPENA A., *Corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Speciale corruzione*, 2013, 690 ss.
- SPENA A., *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell’ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium Juris*, 2015, 1115 ss.
- TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht und wirtschaftskriminalität, I, Allgemeiner Teil*, Reinbek bei Hamburg, 1976.
- TIEDEMANN K., *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 216 ss.
- TORRE V., *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale*, Bologna, 2013.
- VALENSISE P., *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2016, I, 63 ss.
- VIGANÒ F., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione sempre più problematica*, in *Quad. cost.*, 2016, 367.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000.
- VIGNOLI F., *Societas punire potest: profili critici di un’autonoma responsabilità dell’ente*, coll. in *Dir. pen. proc.*, 204, 907.
- VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, 708 ss.

WINKERLBAUER W., *Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit*, in *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, 387 ss.

ZAMBUSI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 c.c.): alcuni aspetti problematici*, in *Ind. pen.*, 2005, 1035 ss.

ZANNOTTI R., *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni sul dibattito in corso*, in *Ind. pen.*, 2005, 531 ss.

ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017.

ZIMMERI R., *Zur lehre vom Tatbestand*, Kirchdorf, 1928.