



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**IL DELITTO DI CORRUZIONE TRA PRIVATI. UN'ANALISI
COMPARATA TRA ORDINAMENTO ITALIANO E
TEDESCO**

Relatore:
Prof. Avv. Alessandro Melchionda

Laureanda:
Marialuisa Picotti

corruzione tra privati - concorrenza - Italia - Germania – diritto europeo

Anno Accademico 2017/2018

Ai miei genitori e a mio fratello,

*“...καὶ μήτε νικέων ἀμφάδην ἀγάλλεο, μηδὲ
νικηθεὶς ἐν οἴκῳ καταπεσῶν ὀδύρεο, ἀλλὰ
χαρτοῖσιν τε χαῖρε καὶ κακοῖσιν ἀσχάλα
μὴ λίην, γίνωσκε δ' οἷος ῥυσμός ἀνθρώπους ἔχει”*

(Archiloco, VII a.C., fr. 128 west)

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI ALLA LUCE DELLE FONTI EUROPEE E INTERNAZIONALI

1.1 Azione comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato.....	3
1.2 La Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa (27 gennaio 1999).....	6
1.3 La Decisione Quadro 2003/568/GAI.....	9
1.4 La Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione.....	13
1.5 Elaborazioni istituzionali e dottrinali verso un diritto penale europeo: <i>Corpus Juris</i> per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e il Progetto degli “ <i>Europa-Delikte</i> ”.....	14

CAPITOLO SECONDO

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

PARTE PRIMA

CONSIDERAZIONI GENERALI E STORICHE

2.1.1 Il problema della corruzione in Italia.....	17
2.1.2 La corruzione privata all'ombra della corruzione pubblica.....	20
2.1.3 Corruzione tra privati e bene giuridico tutelato.....	23
2.1.4 Le fattispecie minori di corruzione tra privati.....	26

2.1.5 Introduzione della fattispecie: dal progetto Mirone al D. Lgs. 38/2017.....	30
2.1.6 Analisi strutturale della fattispecie “Infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di denaro” (art. 2635 c.c.).....	34
2.1.7 La riforma della Legge 190/2012 e analisi del riformato art. 2635 c.c.	37

PARTE SECONDA

IL D.LGS. 38/2017: L'ENNESIMA OCCASIONE PERDUTA

2.2.1 Premessa.....	41
2.2.2 La nuova rubrica del Titolo XI, Libro V c.c.....	43
2.2.3 I soggetti attivi.....	46
2.2.4 Il fatto tipico: la condotta.....	48
2.2.5 Il fatto tipico: da reato di evento a reato di condotta.....	52
2.2.6 Bene giuridico tutelato e procedibilità a querela.....	54
2.2.7 La nuova fattispecie di “istigazione alla corruzione tra privati” (art. 2635- <i>bis</i> c.c)	57
2.2.8 Le particolari esigenze dei terzi estranei al patto corruttivo.....	60
2.2.9 Il trattamento sanzionatorio.....	61
2.2.10 Un'occasione perduta per una riforma di stampo europeo	63

CAPITOLO TERZO

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

PARTE PRIMA

IL DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA IN GERMANIA

3.1.1	Svilupi storici e caratteristiche fondamentali del diritto penale dell'economia (<i>Wirtschaftsstrafrecht</i>).....	65
3.1.2	Il bene giuridico tutelato (<i>Rechtsgut</i>) nel diritto penale dell'economia.....	71
3.1.3	I reati a tutela della concorrenza nello <i>Strafgesetzbuch</i> (<i>Straftaten gegen den Wettbewerb</i>).....	73

PARTE SECONDA

BESTECHLICHKEIT UND BESTECHUNG IM GESCHÄFTLICHEN VERKEHR: ANALISI DELL'ISTITUTO

3.2.1	Il fenomeno corruttivo in ambito economico.....	77
3.2.2	L'introduzione del § 299 StGB.....	82
3.2.3	Wettbewerbsvariante: a) i soggetti (<i>Täterkreis</i>).....	87
	b) il vantaggio (<i>Vorteil</i>).....	90
	c) l'accordo illecito nella concorrenza (<i>Unrechtsvereinbarung im Wettbewerb</i>)	91
	d) le condotte (<i>Tathandlungen</i>).....	94
	e) il contesto: <i>Handeln im geschäftlichen Verkehr</i>	95
3.2.4	Geschäftsherrenvariante: a) una nuova fattispecie.....	95
	b) i doveri dell' <i>Angestellter</i>	97
	c) il fatto compiuto in mancanza del consenso della società (<i>ohne Einwilligung des Unternehmens</i>).....	99

3.2.5 Le aggravanti e la procedibilità.....	100
3.2.6 Criticità e considerazioni conclusive.....	102

CAPITOLO IV

EUROPA, ITALIA E GERMANIA: PROFILI COMPARATIVI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

4.1 Uno sguardo d'insieme: art. 2635 c.c. e § 299 StGB a confronto.....	105
4.2 La corruzione tra privati alla luce dei principi fondamentali in materia penale.....	108
4.3 Unione europea e diritto penale.....	110
4.4 La corruzione privata in Italia e in Germania: prospettive di riforma.....	113
4.5 Considerazioni conclusive.....	115
BIBLIOGRAFIA.....	117

Introduzione

Oggetto di questa trattazione è il reato di corruzione nel settore privato, così come strutturato in Italia e in Germania. Verrà fatta, pertanto, un'analisi comparata su come la corruzione tra privati è disciplinata nei due ordinamenti.

Per la parte italiana, la norma in esame sarà l'art. 2635 del codice civile, rubricata "corruzione tra privati", mentre, per la parte tedesca, si prenderà in considerazione il § 299 dello *Strafgesetzbuch* (il codice penale tedesco), rubricato *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr* (letteralmente, "corruzione passiva e attiva negli scambi commerciali").

Elemento trainante della trattazione sarà anche la regolamentazione europea del reato di corruzione nel settore privato. In particolare, la Decisione quadro 2003/568/GAI, alla quale gli ordinamenti italiano e tedesco devono conformarsi. A questa Decisione quadro si affiancano poi altre fondamentali Convenzioni internazionali che mettono in evidenza l'importanza che ha ormai assunto il delitto in esame nella vita economica e giuridica.

La trattazione sarà svolta in questo modo.

Il primo capitolo avrà ad oggetto il reato di corruzione tra privati alla luce delle fonti europee e internazionali. Saranno quindi analizzati i singoli strumenti, di matrice sovranazionale, aventi ad oggetto il delitto in esame: in ordine, l'Azione comune 98/742/GAI, primo tentativo, a livello europeo, di incriminazione della corruzione privata, poi la Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa del 1999, a seguire l'importante Decisione quadro 2003/568/GAI e, infine, la Convenzione di Merida delle Nazioni Unite del 2003. Terminata la lettura, ci si renderà conto di come la lotta alla corruzione nel settore privato sia ormai divenuta un'esigenza a livello globale.

Il secondo capitolo avrà ad oggetto la regolamentazione del delitto in esame nel solo ordinamento italiano. La prima parte si focalizzerà su alcune considerazioni generali riguardanti la corruzione e, in particolare, la corruzione tra privati, mettendone in evidenza le problematiche principali: si accennerà, infatti, per la prima volta, alle difficoltà relative all'individuazione del bene giuridico tutelato e verranno quindi menzionati i tre possibili modelli di tutela inerenti al delitto di corruzione privata, vale a dire il modello patrimonialistico, quello lealistico-fiduciario e quello concorrenziale. Si vedrà, infatti, che l'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma assume, in questa trattazione, una rilevante importanza. Seguirà un'analisi storica sull'introduzione del reato nell'ordinamento italiano e una breve spiegazione della norma nelle due versioni ormai superate, del 2002 e del 2012. La seconda parte del capitolo avrà, invece, ad oggetto la recente riforma del delitto di corruzione tra privati realizzata dal D. Lgs. 38/2017. Verrà fatta, pertanto, una più puntuale analisi del reato, in tutti i suoi elementi.

Il terzo capitolo si focalizzerà sulla regolamentazione del delitto nell'ordinamento tedesco, quindi sul § 299 StGB (*Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr*). La prima parte del capitolo si occuperà di fornire delle nozioni basiche relative al diritto penale dell'economia in Germania, soffermandosi poi sul bene giuridico tutelato in questa branca del diritto penale. La seconda parte avrà, invece, ad oggetto l'analisi del reato di cui

al § 299 StGB. Anche in Germania, la corruzione nel settore privato, è stata interessata da una recente modifica, nel 2015, che ha aggiunto, accanto all'ipotesi di reato posta a tutela della concorrenza (*Wettbewerbsmodell*), una nuova variante ispirata a un modello di tutela lealístico-fiduciario (*Geschäftsherrnmodell*). Pertanto, l'esame della fattispecie sarà diviso in due parti: la prima, avente ad oggetto il modello concorrenziale, la seconda, il nuovo modello lealístico-fiduciario.

Come già detto, si noterà che, ad avere un ruolo fondamentale nell'analisi dei due reati, italiano e tedesco, saranno le fonti europee e internazionali, in particolare la Decisione quadro 2003/568/GAI. Nel corso del secondo e terzo capitolo verrà quindi costantemente monitorata la conformità dell'art. 2635 c.c. e del § 299 StGB al diritto europeo.

Il quarto e ultimo capitolo metterà in luce i profili comparatistici e le prospettive di riforma relative alla corruzione tra privati. Si prenderanno in esame le differenze e le similarità tra le due fattispecie analizzate nel secondo e nel terzo capitolo, se ne evidenzieranno le problematiche principali e, conclusivamente, verranno presentate le prospettive di riforma, volte a rendere l'art. 2635 c.c. e il § 299 StGB norme maggiormente efficaci a reprimere gli atti corruttivi nel settore privato.

Con questa trattazione si intende dimostrare, da una parte, come la lotta alla corruzione nel settore privato sia diventata una priorità nelle agende politiche internazionali: il diffondersi delle prassi corruttive, minando la fiducia dei mercati e delle imprese, determina, infatti, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i Paesi.

E dall'altra, si intende, invece, dimostrare che la corruzione diffusa altera, innanzitutto, la concorrenza e che proprio la concorrenza leale può essere elevata a bene giuridico.

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI ALLA LUCE DELLE FONTI EUROPEE E INTERNAZIONALI

1.1 Azione comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato

Il 22 dicembre del 1998 il Consiglio d'Europa adotta l'Azione Comune riguardante la corruzione nel settore privato sulla base dell'art. K.3 dell'allora Trattato sull'Unione Europea. L'azione, entrata in vigore il giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (31 dicembre 1998), è espressione di una delle più grandi novità introdotte dal Trattato di Maastricht del 1992 e, a seguire, dal Trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999), vale a dire, la creazione del "terzo pilastro", un settore riguardante la cooperazione nelle materie della giustizia e degli affari interni (denominato poi, in seguito al Trattato di Amsterdam, "Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale" e comprendente le materie elencate nell'art. K1 del Trattato sull'Unione Europea del 1992).

Con la costituzione del terzo pilastro, si compie un primo passo verso lo sviluppo della "questione penale" nell'Unione Europea: un fenomeno che nasce come una mera cooperazione in materia giudiziaria¹, ma che si trasformerà, progressivamente, in una "diversa dimensione della costituzione europea da affiancare a quella puramente economica e commerciale"², fino a rendere l'impiego di strumenti penalistici indispensabile per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea³.

È in questo contesto che viene adottata l'Azione Comune 98/742/GAI, che definisce la corruzione attiva e passiva nel settore privato. L'adozione di questo atto da parte del Consiglio dell'Unione Europea dimostra ancora, a distanza di vent'anni, una forte valenza politica: si riconosce, per la prima volta a livello comunitario, che la corruzione privata inquina il sistema economico-finanziario e produce quindi effetti negativi per l'intero Mercato europeo.⁴ Un riconoscimento generale dell'importanza dell'atto è evidente nel Preambolo dell'Azione Comune, dove, nel terzo paragrafo, si ricorda che "*gli Stati membri annettono particolare interesse alla lotta contro la corruzione nel settore privato a livello internazionale*".

L'art. 2 dell'Azione Comune definisce la corruzione passiva nel settore privato in questo modo: "*Ai fini della presente azione comune vi è corruzione*

¹ Si trattava infatti di una mera cooperazione tra gli Stati membri: gli Stati trovavano delle posizioni comuni, che il Consiglio concretizzava attraverso lo strumento dell'Azione Comune, cui gli Stati dovevano conformarsi; TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, 2012, p. 11; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Springer, 2007, p. 193

² Così SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, 2005, p. 2

³ GRASSO –SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè Editore, 2007, p. 5

⁴ BARTONE, *Diritto penale europeo, spazio giuridico e rete giudiziaria*, CEDAM, 2001, pp. 134-135

passiva nel settore privato quando una persona nel quadro delle sue attività professionali intenzionalmente sollecita o riceve, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, ovvero accetta la promessa di tale vantaggio per sé o per un terzo, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere.”

Il soggetto attivo della corruzione passiva è designato dalla norma con il termine “persona”, che si riempie di significato solo con la definizione data dall’art. 1 dell’Azione Comune secondo cui “*si intende per «persona», qualsiasi dipendente o altra persona nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato*”. Si tratta, pertanto, di un reato proprio, che può essere commesso solo da dipendenti o persone che esercitino funzioni direttive o lavorative per un’impresa che operi nel settore privato.⁵

Per quanto riguarda la condotta, la persona deve intenzionalmente sollecitare o ricevere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura oppure accettare la promessa di tale vantaggio. La possibilità che la condotta possa realizzarsi anche tramite una terza persona dimostra l’attenzione che l’Unione europea ha sempre riposto nella lotta alla criminalità organizzata⁶: si fa qui riferimento ai casi nei quali i corrotti costituiscono società fantasma, che richiedono o ricevono pagamenti mascherati.⁷

Dal momento che la corruzione rappresenta sempre un “*do ut des*”⁸ ne segue che il corrotto, a fronte della richiesta o recepimento di vantaggi, nonché dell’accettazione della promessa, deve, in cambio, “*realizzare o astenersi dal realizzare un atto violando un dovere*”. È la violazione di un dovere l’elemento centrale della norma: è necessario infatti, che la “persona”, come definita dall’art 1, violi i propri obblighi, agendo in modo contrario ai propri doveri. Dare un significato all’espressione “violazione di un dovere” viene fin da subito considerata dagli interpreti l’operazione più complicata per la comprensione della norma⁹: è infatti definita dall’articolo 1 con una formula abbastanza generica, nella quale si dice che è violazione di un dovere “*ciò che è inteso come tale ai sensi del diritto nazionale*”, lasciando di fatto al diritto statale l’an della punibilità. Tuttavia, la seconda parte della norma, al fine di creare un denominatore comune per l’interpretazione, aggiunge che la nozione “*copre almeno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un’obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali*

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sopranazionali e di diritto comparato*, in Acquaroli R.- Foffani L. (a cura di), Giuffrè Editore, 2003, pp. 55-56.

⁶ Sull’importanza della lotta alla criminalità organizzata vedi BARTONE, *Diritto penale europeo*, cit, pp. 257 ss.; CHERIF BASSIOUNI M., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè Editore, 2005, pp. 33 ss.

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit., p. 53

⁸ Espressione utilizzata da diversi autori per descrivere la corruzione dal punto di vista sociologico: BARTONE, *Diritto penale europeo*, cit, p. 133; FAVA T. , *Do ut des : genesi, evoluzione e crisi del sistema della corruzione*, Carocci, 1999

⁹ Così FLORE D., *L’incrimination de la corruption, Les nouveaux instruments internationaux, La nouvelle loi belge du 10 février 1999*, la charte, 1999, p. 39 secondo cui “le troisième élément est le plus difficile” riferendosi alla violazione del dovere.

applicabili nell'ambito dell'attività di una «persona»” come definita dallo stesso articolo.

Il soggetto attivo deve realizzare l'azione “*nel quadro delle sue attività professionali*”. S'intendono “*tutte quelle attività che sono funzionali alla realizzazione di qualsiasi fine commerciale, vale a dire attività che perseguono finalità commerciali o economiche*”¹⁰.

Una trattazione a parte meriterebbe già ora l'espressione “*indebito vantaggio*”: la norma non ne fornisce infatti alcun criterio per una corretta interpretazione e i problemi dogmatici che sorgono sono quelli abituali di ogni delitto di corruzione e sono solitamente risolti in concreto da parte di ciascuno Stato. Pertanto, si rimanda la trattazione ai capitoli successivi, i quali si concentreranno maggiormente sulle letture date a quest'espressione.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la condotta deve essere “*intenzionale*”. Il dolo dovrà coprire tutti gli elementi della fattispecie, quindi, comprensivamente, sollecitare o ricevere vantaggi indebiti o accettare la relativa promessa, in cambio della realizzazione o astensione dal commettere un atto in violazione dei propri doveri. Quanto alla possibilità di ricondurre la condotta a un minore grado di intensità del dolo (dolo diretto o dolo eventuale), viene lasciata a ciascuno Stato la decisione a riguardo.¹¹

L'art 3 dell'Azione comune definisce la corruzione attiva come quella condotta di un soggetto *che “intenzionalmente promette, offre o concede, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, nel quadro delle attività professionali di tale persona affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere.”*

Le considerazioni già svolte riguardo alla corruzione passiva valgono anche per la corruzione attiva, con la sola necessità di rilevare che soggetto attivo, qui, può essere chiunque e si tratta dunque di un reato comune.¹²

Di fondamentale importanza, per comprendere la portata dell'Azione comune, sono l'art. 2 n. 2 e l'art. 3 n. 2, secondo i quali “*ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che le condotte di cui al paragrafo 1 costituiscano un illecito penale. Queste misure si applicano almeno ai casi di condotte che comportino o possano comportare distorsione di concorrenza come minimo nell'ambito del mercato comune e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto.*” È quindi prescritto che gli Stati tipicizzino le condotte penalmente. Tuttavia, appare chiaro dal testo, che l'Azione Comune esige che vengano tipizzate soltanto quelle condotte che comportino (o possano implicare) una distorsione della concorrenza almeno nel mercato comune o possano causare (o essere idonee a farlo) danni economici a terzi in conseguenza dell'irregolare aggiudicazione o esecuzione di un contratto. Emerge quindi, come l'Unione europea abbia voluto attribuire rilevanza al bene giuridico “*concorrenza*”,

¹⁰DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit, p. 54

¹¹DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit, p. 55

¹²FLORE D., *L'incrimination de la corruption, Les nouveaux instruments internationaux, La nouvelle loi belge du 10 février 1999*, la charte, 1999, p. 39

specificando già nel Preambolo dell'Azione Comune che *“la corruzione falsa la concorrenza leale e compromette i principi di apertura e di libertà dei mercati, in particolare il buon funzionamento del mercato interno, ed è contraria alla trasparenza e all'apertura del commercio internazionale”*. Così, con l'adozione dell'Azione Comune del '98, l'Unione Europea, imponendo agli Stati una tipizzazione penale di una condotta che lede la concorrenza leale, ha anche determinato l'emersione di un nuovo bene giuridico e si è per la prima volta preoccupata di attribuirvi una tutela penale effettiva.¹³

Infatti, attribuire rilevanza a situazioni giuridiche non ancora tutelate in ambito nazionale non è altro che la conseguenza della comparsa, sulla scena internazionale, di nuovi soggetti (in questo caso la Comunità europea) che hanno determinato l'insorgere di nuovi interessi non più rapportabili ai soli Stati membri¹⁴: è il caso del bene giuridico-concorrenza.

Per questi motivi l'Azione Comune del 1998, oltre a prevedere un'incriminazione della corruzione nel settore privato, rappresenta uno dei primi passi verso la creazione di un diritto penale europeo, costituito da *beni giuridici europei*.

1.2 *La Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (27 gennaio 1999)*

La Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa viene approvata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e disciplina anche la corruzione nel settore privato. Tuttavia, rispetto alla sopra analizzata Azione Comune del 1998, la Convenzione risulta essere uno strumento molto più ambizioso e teso a coordinare la penalizzazione di un gran numero di azioni corrotte. Sono infatti disciplinate la corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali nazionali e stranieri, la corruzione attiva e passiva di parlamentari nazionali e stranieri e di membri di assemblee parlamentari internazionali, la corruzione attiva e passiva nel settore privato, la corruzione attiva e passiva di funzionari internazionali, la corruzione attiva e passiva di giudici nazionali, stranieri ed internazionali e di funzionari di tribunali internazionali, il traffico di influenze attivo e passivo, il riciclaggio dei proventi della corruzione e, infine, i reati contabili (fatture, falso in documenti contabili, ecc.) connessi con reati di corruzione¹⁵.

Una così ampia previsione di azioni corrotte punibili è giustificata dal Preambolo della presente Convenzione in cui gli Stati firmatari manifestano la

¹³ C'è chi ritiene che non ci sia stata un'emersione di un nuovo bene giuridico, ma solo un'evoluzione dello stesso, nel senso che si è ritenuta necessaria una tutela *anche* penale di un bene giuridico, che è invece sempre stato presente nelle questioni comunitarie e non è certo comparso la prima volta con l'adozione dell'Azione Comune: ZANNOTTI R., *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso* in Ind.Pen., fasc. 2, 2005, pp. 543-544

¹⁴ PALIERO C. E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2000, fasc. 2, p. 468

¹⁵ www.coe.int, Dettagli del Trattato n. 173, Convenzione penale sulla corruzione.

convinzione “della necessità di perseguire, come priorità, una politica penale comune finalizzata alla protezione della società contro la corruzione, che contempra l’adozione di una legislazione appropriata e delle adeguate misure preventive; sottolineando che la corruzione rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell’uomo, mina i principi di buon governo, di equità e di giustizia sociale, falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società” e persuadendosi “che l’efficacia della lotta contro la corruzione presuppone una cooperazione internazionale penale intensificata, rapida e adeguata in materia penale”. Da queste parole, si evince come la Convenzione porti con sé ampi obiettivi, non solo dal punto di vista giuridico, prevedendo l’incriminazione penale delle citate condotte, ma anche dal punto di vista morale, sottolineando come l’atto corruttivo rappresenti una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell’uomo¹⁶.

Inoltre, la presente Convenzione conferisce una particolare importanza alla lotta alla corruzione dal momento che prevede un controllo sull’attuazione della stessa. L’art. 24 stabilisce, infatti, che “Il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO) verifica l’attuazione della presente Convenzione ad opera delle Parti.” L’obiettivo principale del GRECO è di monitorare le attività degli Stati nella lotta contro ogni tipo di corruzione¹⁷; esercita questo potere per mezzo di una procedura dettata dal suo regolamento interno che si articola in tre momenti: la raccolta di informazioni attraverso un questionario, il sopralluogo da parte di un’equipe e il rapporto finale del GRECO¹⁸. Sui rapporti GRECO ci si soffermerà nei capitoli successivi, in relazione al caso italiano e tedesco.

Ora che sono state delineate le caratteristiche generali e principali della Convenzione, fondamentali per comprenderne la portata, ci si può concentrare sugli artt. 7 e 8 che prevedono la corruzione attiva e passiva nel settore privato. Per quanto riguarda la corruzione attiva si prevede che gli Stati aderenti sanzionino il fatto “commesso intenzionalmente, nell’ambito di un’attività commerciale, (...) di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé stesso o per un terzo, ad una persona che dirige o lavora in un ente del settore privato, affinché realizzi o si astenga dal realizzare un atto che violi i suoi doveri”.

¹⁶Gli obiettivi del Consiglio d’Europa sono infatti in parte diversi da quelli dell’Unione Europea. Nel suo Statuto è evidente lo scopo primario del Consiglio d’Europa di “voler affermare la preminenza dei valori spirituali e morali, che sono patrimonio comune dei popoli nonché la vera fonte della libertà individuale della libertà individuale, della libertà politica e della preminenza del diritto, sui quali si fonda ogni vera democrazia” e “di voler salvaguardare e promuovere ulteriormente questi ideali”, vedi CONSO G.- SANTUCCI A., *Codice dei diritti umani. Nazioni Unite-Consiglio d’Europa*, CEDAM, 2001, p.331

¹⁷Gli obiettivi sono così descritti “GRECO’s objective is to improve the capacity of its members to fight corruption by monitoring their compliance with Council of Europe anti-corruption standards through a dynamic process of mutual evaluation and peer pressure. It helps to identify deficiencies in national anti-corruption policies, prompting the necessary legislative, institutional and practical reforms. GRECO also provides a platform for the sharing of best practice in the prevention and detection of corruption” nella pagina ufficiale del Consiglio d’Europa in www.coe.int

¹⁸FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Compliance review nel Consiglio d’Europa*, Giuffrè Editore, 2004, p. 243

La corruzione passiva è invece così disciplinata: si reprime il fatto “*commesso intenzionalmente, nell’ambito di un’attività commerciale, di sollecitare o di ricevere un vantaggio indebito, da parte di una persona che è dipendente o dirigente di un’entità del settore privato, direttamente o indirettamente, o per mezzo di terzi, o di accettarne l’offerta o la promessa, per sé stesso o per un terzo, per realizzare o astenersi dal realizzare un atto che violi i propri doveri*”.

Notiamo immediatamente come la formula qui utilizzata per l’incriminazione della corruzione attiva e passiva sia quasi identica a quella presente nell’Azione comune del 1998, motivo per cui saranno necessarie ora solo alcune puntualizzazioni, con l’aiuto del *Rapport Explicatif sur la Convention pénale sur la corruption*¹⁹.

Innanzitutto, i due articoli limitano espressamente il campo di applicazione della corruzione privata al solo ambito delle attività commerciali. Il *Rapport Explicatif* della Convenzione segnala come tale scelta sia giustificata dall’intenzione di porre l’accento sul settore più vulnerabile, quale quello degli affari e delle imprese. Il testo del *Rapport Explicatif* esclude infatti dall’ambito di applicazione della norma, le attività con finalità non lucrative poste in essere da parte di persone ed organismi come le associazioni e le organizzazioni non governative²⁰. Tuttavia, sembra che agli Stati sia comunque permessa, nell’ottica di evitare lacune, un’interpretazione estensiva dell’espressione “attività commerciali”²¹, come dimostrato dalla conclusione della relazione in cui si rassicura gli interpreti che, in senso ampio, “attività commerciale” significa qualsiasi tipo di attività mercantile, in particolare il commercio di beni e la prestazione di servizi, compresi i servizi somministrati al pubblico²².

Il *Rapport Explicatif* è poi utile per meglio comprendere un altro fondamentale elemento della norma che, quanto ai *destinatari dei vantaggi*, ne limita l’applicazione alle sole persone che “dirigono o lavorano per un ente del settore privato”. Si tratta di una nozione che abbraccia la relazione imprenditore-lavoratore, ma non solo, potendovi ricomprendere anche le relazioni fra soci, fra l’avvocato e il suo cliente e quelle in cui non esiste un contratto di lavoro. Si tratta indubbiamente di una nozione da interpretare in termini generali, infatti nell’ambito delle imprese private questa nozione comprende non solo i dipendenti, ma anche i dirigenti a tutti i livelli, compresi i membri del consiglio di amministrazione, ma non gli azionisti. Comprende ugualmente le persone che non hanno la condizione di dipendente o che non lavorano in modo permanente per l’impresa”²³

¹⁹ Il *Rapport Explicatif* è consultabile su www.coe.int STE n. 173

²⁰ Il testo del Rapporto al §53: “«l’activité commerciale», excluant ainsi délibérément les activités à but non lucratif menées par des personnes ou des organisations, par exemple par des associations ou d’autres ONG.”

²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit, p. 46

²² Il testo del Rapporto al §53: “Au sens large, «activité commerciale» signifie tout type d’activité marchande, en particulier le commerce des biens et la fourniture de services, y compris les services fournis au public (transports, télécommunications, etc.)”.

²³ Così, DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit, p. 46 nella traduzione del *Rapport Explicatif*.

Per quanto riguarda invece gli altri elementi della norma, si rimanda a quanto già esposto nel paragrafo precedente.

Quanto agli obblighi, agli Stati che decidono di ratificare²⁴ la Convenzione in esame, si richiede che venga sanzionata penalmente la partecipazione e l'induzione alla commissione dei delitti dell'art. 7 e 8 (art. 15) tramite l'imposizione di *“sanzioni e misure effettive, proporzionate e dissuasive che includano, quando siano commessi da persone fisiche, sanzioni privative della libertà che possano dar luogo a estradizione.”* (art. 19), fatta salva la possibilità per gli Stati, al momento della ratifica, di dichiarare di non intendere tipificare penalmente queste condotte (art. 37).

Venendo infine a considerare il bene giuridico individuato dalla Convenzione, si nota la grande importanza data dal Consiglio d'Europa alla lesione, causata da un atto corruttivo nel settore privato, di valori come la *fiducia* o la *lealtà*. Fiducia e lealtà, e i diritti e obblighi che ne derivano, acquisiscono infatti un'importanza primaria per il mantenimento e lo sviluppo delle relazioni sociali ed economiche e, le condotte previste dall'art. 7 e 8, proprio perché commesse *“in violazione di un dovere”*, ledono gravemente questi valori. Pare quindi non esserci alcun riferimento ad un *“bene giuridico-concorrenza”*, come è stato riscontrato nell'ambito dell'Azione Comune del '98, e sembra invece, voler essere tutelata solo la protezione della fiducia e lealtà, senza le quali non potrebbero esistere le relazioni private.²⁵

1.3 La Decisione Quadro 2003/568/GAI

In via preliminare, è da ricordare che la Decisione Quadro è uno strumento introdotto dal Trattato di Amsterdam: funziona come l'Azione Comune ed è quindi vincolante per gli Stati membri solo per il risultato, rimanendo invece libera la scelta quanto agli strumenti da adottare.

La Decisione Quadro, emanata il 22 luglio del 2003, è anche espressione di una sempre più sentita esigenza di armonizzazione del diritto penale in ambito europeo: viene infatti adottata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che introduce l'art. 280 nel Trattato CE. L'art 280 del Trattato CE prevede che il Consiglio Europeo *“adotta le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri”*, in quanto *“la Comunità e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa”*²⁶. È

²⁴Lo strumento della Convenzione prevede la necessità di una sua ratifica per acquisire efficacia obbligatoria negli Stati, FLORE D., *L'incrimination de la corruption*, cit., p. 52. La Germania ratifica la predetta Convenzione nel settembre del 2017. L'Italia la ratifica con la Legge n. 110 del 2012.

²⁵DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit., p. 62-69

²⁶BARTONE, *Diritto penale europeo*, cit., p.89

chiaro come una siffatta norma abbia, in primo luogo, lo scopo di incentivare un'azione coordinata di prevenzione e repressione delle attività illegali (tra cui la corruzione) attraverso la cooperazione giudiziaria degli Stati membri e, in secondo luogo, l'obiettivo di ravvicinare le legislazioni penali statali²⁷: il Trattato di Amsterdam si pone quindi in una precisa linea evolutiva di armonizzazione delle norme incriminatrici nazionali²⁸. La Decisione Quadro 2003/568/GAI rappresenta una concretizzazione di questo processo e deve essere letta di conseguenza, vale a dire con la consapevolezza che, al momento della sua emanazione, ci si trova in un momento significativo per lo sviluppo del diritto penale europeo.

Venendo ora all'analisi della Decisione Quadro, si osservi, innanzitutto, come tale provvedimento segnali un aumentato interesse del legislatore europeo per il fenomeno della corruzione nel settore privato e dimostri, ancora una volta dopo l'Azione Comune del 1998, come tali azioni corruttive non possano più essere considerate solo un problema nazionale, coinvolgendo ormai il mercato nella sua globalità²⁹. Infatti, prevede il primo considerando dell'atto che, *“insieme alla globalizzazione si è assistito negli ultimi anni ad un aumento degli scambi transfrontalieri di merci e servizi. Di conseguenza, i casi di corruzione nel settore privato all'interno di uno Stato membro non sono più soltanto un problema nazionale, ma anche un problema transnazionale”*.

Così, nel 2003, il legislatore europeo, sempre più consapevole della gravità del fenomeno corruttivo nel settore privato, adotta la Decisione Quadro riprendendo però, in gran parte, le formule incriminatrici già utilizzate nell'Azione Comune del 1998³⁰: i reati di corruzione attiva e passiva sono disciplinati rispettivamente nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 2, senza rilevanti modifiche rispetto al 1998.

Le novità più significative consistono invece, nella previsione di una fattispecie di istigazione e favoreggiamento, nell'ampliato ambito di applicazione della norma e nelle sanzioni da comminare.

Per quanto riguarda il primo punto, l'art. 3 della Decisione Quadro prevede che *“ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a fare sì che l'istigazione ai tipi di condotta di cui all'articolo 2 e il loro favoreggiamento siano puniti come reato.”* La previsione di un'ipotesi di favoreggiamento non pone particolari difficoltà, se non il classico problema della genericità della oggettività

²⁷DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè Editore, 2007, p. 63

²⁸APRILE E. - SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, IPSOA, 2009, p. 12. Nell'ambito dell'armonizzazione del diritto penale si ricordi la Decisione quadro 2002/584/GAI, relativa all'introduzione del mandato d'arresto europeo, il cui art. 2 inserisce tra i reati presupposto dell'istituto anche la corruzione e l'art. 29 del trattato sull'Unione europea, secondo cui *“l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, un obiettivo da perseguire prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, inclusa la corruzione.”*

²⁹ZANNOTTI R., *La corruzione privata*, cit., p.543. Già l'Azione Comune del 1998 prevedeva che ci sarebbe stato un aumento di interesse per i fenomeni corruttivi preannunciando, nel suo art. 8, la futura adozione di misure più strettamente cogenti, AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione Europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Giuffrè Editore, 2006, p. 268

³⁰L'Azione Comune 98/742/GAI viene abrogata e sostituita dalla Decisione Quadro.

giuridica tutelata dal reato in questione³¹ e, quindi, non pare necessario dilungarsi in un'analisi dettagliata. Di più difficile comprensione appare invece la previsione di una fattispecie di istigazione ai reati di corruzione attiva e passiva. La dottrina ritiene che il legislatore europeo, con la raccomandazione di punire le condotte di istigazione alla corruzione attiva e passiva, abbia voluto dare un senso diverso da quello di "sollecitazione non accolta" o "offerta non accettata"³² e abbia invece voluto riferirsi a "condotte prodromiche a quelle di sollecitazione o offerta". Pare sensato non fare riferimento al concetto di "non accoglimento", perché una "corruzione non accolta" rientrerebbe già nelle condotte dell'art. 2, comma 1, lettere a) e b), configurando quindi un'ipotesi di corruzione attiva e passiva, non di istigazione. Ma, anche punire le "condotte prodromiche" porterebbe con sé delle conseguenze inaccettabili: si giungerebbe ad un livello di anticipazione penale difficilmente sostenibile alla luce dei principi costituzionali in materia penale.³³ Per questi motivi, la scelta del legislatore europeo di incriminare l'istigazione appare eccessiva e di difficile attuazione nella pratica. Nei capitoli successivi il tema dell'istigazione alla corruzione attiva e passiva verrà ripreso con maggiore attenzione, con riguardo al nuovo art. 2635-bis c.c. introdotto in seguito al D.Lgs. 38/2017.

Quanto al secondo elemento di novità, è ampliato l'ambito di applicazione della norma: l'art. 2, comma 2 della Decisione quadro prevede infatti che il reato di corruzione privata "*si applica alle attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro*". Viene così espressamente garantita la tutela non solo delle attività meramente imprenditoriali, ma anche delle semplici attività professionali senza fine di lucro ed è, di conseguenza, messo in chiaro che il concetto di professionalità non coincide con quello di lucratività.

Si tratta di una precisazione utile, dal momento che, come già detto nei paragrafi precedenti in relazione all'Azione Comune del 1998 e alla Convenzione penale sulla corruzione, con riguardo alle "attività professionali" ci si era riferiti alle sole attività con fini economici e di lucro.³⁴

Per quanto riguarda infine la terza novità, la Decisione Quadro definisce con maggiore specificità, all'art. 4, le sanzioni. Ribadisce che ciascuno Stato debba adottare "*le misure necessarie per assicurare che le condotte di cui agli articoli 2 e 3 siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive*", aggiungendo che le condotte di corruzione attiva e passiva (ma non di istigazione e favoreggiamento) "*siano passibili di pene privative della libertà di*

³¹ La dottrina italiana cerca da sempre di circoscriverne il bene giuridico tutelato per evitare un'eccessiva genericità. In Germania il reato di favoreggiamento è previsto dal §258 StGB, che, nonostante una più soddisfacente tipizzazione normativa, pone comunque le stesse problematiche dell'analogo reato italiano, v. FORNASARI G.-RIONDATO S., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli Editore, 2013, pp. 189-212

³² Questa concezione dell'istigazione è invece applicata in relazione all'art. 322 c.p. sull'istigazione nella corruzione pubblica, AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 275

³³ LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati: dal modello "patrimonialistico" a quello "lealistico"*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2016, p.3

³⁴ In senso diverso, AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 276, per i quali si tratta di "una precisazione forse pleonastica, dal momento che, in base alla definizione di persona giuridica contenuta nell'art. 1, nessuno avrebbe dubitato di tale estensione."

durata massima compresa almeno tra uno e tre anni". È evidente come, nella determinazione della pena, il legislatore europeo abbia valutato la minore gravità della corruzione nel settore privato rispetto a quella dei funzionari pubblici.³⁵ Nell'ambito delle sanzioni, interessante è anche la previsione di misure interdittive. Infatti, l'art. 4, al terzo comma, prevede che *"ciascuno Stato membro adotta, in conformità con i propri principi e norme costituzionali, le misure necessarie per assicurare che, qualora una persona fisica collegata a una determinata attività commerciale abbia ricevuto una condanna per le condotte di cui all'articolo 2, essa sia temporaneamente interdetta, se del caso e perlomeno qualora occupasse una posizione dirigenziale in una società nell'ambito dell'azienda interessata, dall'esercizio di detta specifica attività commerciale o altra comparabile, in una posizione e in una capacità simili, se i fatti accertati danno motivo di ritenere che vi sia un chiaro rischio di abuso di posizione o abuso d'ufficio per corruzione attiva o passiva"*.

Infine, un'ultima considerazione riguarda il bene giuridico tutelato dalla corruzione privata: come già rilevato in relazione all'Azione Comune 98/742/GAI, viene tutelata la concorrenza del mercato. Nel nono considerando si conferma infatti che *"(...) la corruzione (...) costituisce una minaccia allo stato di diritto e inoltre genera distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacola un corretto sviluppo economico"*. Una posizione così precisa nella scelta del bene giuridico da tutelare è evidente anche nell'art. 3, comma 3 secondo il quale *"uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione della norma alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali"*. È quindi chiaro come, con queste parole, il legislatore europeo del 2003 abbia voluto sancire definitivamente che la corruzione privata comporta la distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi, non lasciando spazio alla tutela di valori come la lealtà e fedeltà.³⁶

Sulle possibilità e i limiti della tutela di un bene giuridico come la concorrenza si concentreranno i capitoli successivi.

³⁵C'è chi ritiene però, che alcune qualifiche private siano assimilabili, per importanza e obiettivi, a quelle pubbliche e necessiterebbero quindi, di un uguale trattamento sanzionatorio. In questo senso la dottrina tedesca, v.

³⁶Lealtà e Fedeltà sono invece i valori tutelati dalla Convenzione penale sulla corruzione, come si deduce dal *Rapport Explicatif* (paragrafo precedente).

1.4 La Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione

La *United Nations Convention against Corruption (UNCAC)* viene conclusa nel dicembre del 2003, a Merida, in Messico ed entra in vigore nel 2005³⁷.

Si tratta del più importante strumento di lotta alla corruzione nel panorama internazionale, per la sua completezza³⁸, per il carattere obbligatorio di molte delle sue previsioni e per rappresentare una convinta risposta ad un problema (la corruzione) riconosciuto a livello globale³⁹. Anche leggendo il solo Preambolo della Convenzione, pare evidente come ci si trovi davanti ad un documento unico: la corruzione è definita come una peste dagli effetti corrosivi sulla società (*"Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies"*), ricondotta anche a un fenomeno diabolico radicato in ogni Stato, sia povero che ricco (*"This evil phenomenon is found in all countries - big and small, rich and poor- but it is in the developing world that its effects are most destructive"*). Per quanto riguarda invece, le finalità della Convenzione, si rinvia a quanto già esposto in relazione alla Convenzione penale sulla corruzione, trattandosi dei medesimi obiettivi.

Per quel che interessa ai fini del presente capitolo, la Convenzione di Merida ha una particolare importanza soprattutto nell'ambito della corruzione nel settore privato, dal momento che questa genera distorsioni della leale concorrenza nell'acquisizione di merci e servizi a livello globale. Sono infatti molti gli articoli della Convenzione che prendono in considerazione quest'area di tutela⁴⁰: il più rilevante è l'art. 12 secondo il quale *"ciascuno Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, prende le misure necessarie al fine di prevenire la corruzione che coinvolge il settore privato, rafforzare le norme in materia di contabilità e di revisione dei conti e, se del caso, prevedere delle sanzioni civili, amministrative o penali efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di inosservanza di tali misure"*. Questo articolo ha tre obiettivi: il primo concerne l'imposizione agli Stati di adottare misure preventive per la corruzione nel settore privato (*"measures to prevent corruption involving the private sector"*). Per realizzare questa finalità la Convenzione suggerisce, per le imprese, l'adozione di codici etici comportamentali, guide sulla corruzione, regolamenti sui conflitti di interessi e controlli interni.

³⁷ Alla data del 30 maggio 2018, la Convenzione è stata ratificata da 185 parti, vedi <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>

³⁸ Non è infatti regolata la sola incriminazione della fattispecie corruttive. La struttura della Convenzione prevede infatti: misure preventive (*preventive measures*), incriminazione, individuazione e repressione (*Criminalization and law enforcement*), cooperazione internazionale (*international cooperation*), recupero dei beni (*Asset recovery*), assistenza tecnica e scambio di informazioni (*Technical assistance and information exchange*), meccanismi di applicazione (*Mechanism for implementation*).

³⁹ VLASSIS D.- PILGRIM J., *The United Nations Convention against Corruption: a framework for addressing common challenges in identifying incentives for private sector integrity*, in *Corruzione nazionale e internazionale*, Giuffrè editore, 2014, p.253

⁴⁰ Gli altri articoli riguardanti la corruzione nel settore privato sono: art.9, *public procurement*; art.14, *money-laundering*; artt.15-19, art. 21, *criminalization of offences of corruption*; art.26, *liability of legal persons*; art. 32, *protection of witnesses, experts and victims*; art. 33, *protection of reporting persons*; art. 34, *consequences of acts of corruption*; art. 37, *cooperation with law enforcement authorities*; art. 39, *cooperation between national authorities and the private sector*.

Il secondo obiettivo riguarda le misure per rafforzare le norme in materia di contabilità e revisione dei conti ("*Measures to enhance accounting and auditing standards*"): è necessario infatti, che, nel settore privato, vengano determinati parametri generali e precisi per la tenuta della contabilità e per la revisione dei conti, anche tramite controlli interni e esterni sull'effettivo rispetto dei parametri legali.

Infine, l'ultimo obiettivo predisposto dall'art.12 riguarda la previsione di sanzioni civili, amministrative e penali ("*Civil, administrative or criminal penalties for the private sector*"): dal momento che le misure preventive possono non essere sufficienti, agli Stati è data la possibilità di prevedere illeciti civili, amministrativi o penali in relazione alle condotte corruttive nel settore privato.⁴¹

Si è visto quindi l'art. 12, che si limita a prevedere le misure da adottare nella lotta alla corruzione privata; ma, la Convenzione di Merida descrive anche dettagliatamente la corruzione privata nelle sue condotte, attiva e passiva. La norma incriminante è l'art. 21, intitolato "*Bribery in the private sector*", per l'analisi del quale si rimanda a quanto già detto dei paragrafi precedenti, riprendendo la norma una formulazione identica a quella degli illeciti di corruzione privata già descritta in relazione alle fonti europee e internazionali sopra menzionate.

In conclusione, si può affermare che la Convenzione di Merida propone una tutela molto ampia della corruzione nel settore privato, mettendone in evidenza, su un piano mondiale, i gravi effetti che ne possono derivare sul mercato globale, e dimostrando ancora una volta, dopo l'Azione Comune del 1998 e la Decisione Quadro del 2003, che la corruzione nel settore privato lede la concorrenza leale nel mercato.⁴²

1.5 *Elaborazioni istituzionali e dottrinali verso un diritto penale europeo: Corpus Juris per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e il Progetto degli "Europa-Delikte"*

Giunti a questo punto della trattazione e analizzate le fonti europee e internazionali riguardanti la corruzione nel settore privato, pare utile cimentarsi nell'analisi di due significative elaborazioni (ma giunte ad attuazione), rispettivamente di carattere istituzionale e dottrinale provenienti da iniziative sovranazionali, che si ricollegano, in parte, anche al tema della corruzione tra privati: il *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea e il Progetto "Eurodelitti".

Si è visto infatti che, il legislatore europeo, in relazione alla corruzione tra privati, ha imposto agli Stati la tutela di un particolare bene giuridico, quale la

⁴¹ Gli obiettivi dell'art. 12 della Convenzione sono analizzati con maggior precisione nella "Technical Guide to the United Nations Convention against Corruption"- New York, 2009, pp. 56-58, consultabile su https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf

⁴² VLASSIS D.- PILGRIM J., *The United Nations Convention against Corruption*, cit., p. 254

concorrenza⁴³. Una tale imposizione di tutela si collega ad una questione conosciuta come “*il problema penale della UE*”: è infatti accaduto che l’incidenza del diritto comunitario in materia penale abbia comportato l’emersione di nuovi beni giuridici⁴⁴. Il “*problema penale*” è alla base dell’idea della necessità o meno di un diritto penale europeo: un diritto così inteso non sarebbe necessario se gli Stati fossero in grado di offrire una tutela adeguata con i soli strumenti nazionali, e avrebbe senso solo nel momento in cui si ritenga che il diritto penale degli Stati non sia sufficiente per proteggere i beni giuridici europei⁴⁵. Quest’ultima è la posizione su cui si sono adagiati i redattori del *Corpus Juris* del 2000: si era ritenuta fondamentale l’unificazione di alcune particolari fattispecie penali, in modo da superare il grande problema delle diversità nazionali nella definizione dei reati, attraverso la creazione di questo “micro-codice” europeo.⁴⁶

Il progetto (35 articoli in tutto) si componeva di due parti, una dedicata al diritto sostanziale e l’altra al diritto processuale. La prima parte è quella che maggiormente interessa ai fini di questa trattazione: comprende disposizioni incriminatrici a tutela degli interessi finanziari europei e altre che hanno, invece, carattere generale, riguardanti i principi di personalità della responsabilità penale, colpevolezza e proporzione⁴⁷. Per quanto riguarda le disposizioni penali, queste sono poste solo a tutela degli interessi finanziari dell’UE: una loro efficace protezione è indispensabile, in quanto, lo sviamento delle risorse iscritte a bilancio determina l’intralcio delle politiche europee⁴⁸.

Tra queste norme è presente, all’art. 5⁴⁹, il reato di corruzione: si tratta della corruzione del funzionario europeo o nazionale. La stessa norma, nel rispetto del principio di legalità, definisce il “funzionario” e precisa che la condotta corruttiva, attiva e passiva, deve arrecare (e non solo essere suscettibile di arrecare) un pregiudizio effettivo agli interessi finanziari europei. Questi possono infatti essere minacciati in modo molto serio da atti di corruzione dei funzionari responsabili della riscossione, gestione, spesa o controllo di fondi comunitari⁵⁰. La corruzione descritta dal *Corpus Juris* integra certamente una specie di

⁴³ È da ricordare però che alcuni stati avevano già previsto il reato di corruzione tra privati a tutela del bene giuridico concorrenza, per esempio la Germania, l’Austria e la Svizzera, vedi DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato*, cit. p.57-58

⁴⁴ GRASSO G.- SICURELLA R., *Il Corpus Juris 2000, un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè Editore, 2003, p.3

⁴⁵ GRASSO G.- SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè Editore, 2008, pp. 651-653

⁴⁶ Il progetto del *Corpus Juris* non era comunque così ambizioso da voler apparire come un codice. C’erano infatti costanti rinvii alle discipline nazionali, v. PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, CEDAM, 2004, p. 103

⁴⁷ GRASSO G., *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè Editore, 2007, p. 24

⁴⁸ PELISSERO M., *La norma della corruzione nel Progetto di Corpus Juris 2000 in La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, CEDAM, 2003, p. 290

⁴⁹ L’art. 5, comma 3 del *Corpus Juris* disponeva che “Per corruzione passiva si intende il fatto per un funzionario di sollecitare o di accettare, direttamente o per interposta persona, per sé o per un terzo, offerte, promesse o altro vantaggio di qualunque natura: a) Per compiere un atto della sua funzione o un atto nell’esercizio della sua funzione, in modo contrario ai propri doveri di ufficio. b) per astenersi dal compiere un atto della sua funzione o un atto nell’esercizio della funzione che i propri doveri d’ufficio gli impongono di compiere”. La corruzione attiva era definita dal comma 4 in modo analogo.

⁵⁰ GRASSO G., *Verso uno spazio giudiziario europeo*, cit., p. 59

corruzione pubblica ma, il fatto che sia posta a tutela di interessi finanziari e non a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione europea, la rende una fattispecie aperta ad un'estensione della sua oggettività giuridica, potendo ricomprendere anche beni giuridici come l'economia pubblica o la concorrenza⁵¹. Se ne può dedurre che i redattori del *Corpus Juris* avessero piena consapevolezza di come il reato di corruzione, in tutte le sue forme, possa ledere anche interessi economici e si può forse affermare che, se il progetto del *Corpus Juris* fosse arrivato a una conclusione, anche il reato di corruzione nel settore privato avrebbe potuto avere un suo spazio, in quanto espressione di potenziali lesioni degli interessi finanziari europei⁵².

Un altro importante progetto per la costruzione del diritto penale europeo, riguarda l'armonizzazione del diritto penale dell'economia. Si tratta del progetto "Europa-Delikte": un progetto che avrebbe dovuto affiancare il *corpus Juris*, concentrandosi però solo su quelle parti del diritto penale economico più significative nella prospettiva comunitaria. Il progetto nasceva dall'iniziativa privata di un gruppo di studiosi provenienti da diversi paesi europei, coordinati e diretti dal prof. Klaus Tiedemann dell'Università di Friburgo e veniva pubblicato nel 2002. È in ogni caso da ricordare che il progetto non aveva l'ambizione di costruire il diritto penale comunitario, ma voleva semplicemente presentarsi come un "codice penale modello" per eventuali impegni futuri in materia.

Chiarito l'obiettivo del Progetto, l'aspetto più importante, e anche di differenziazione rispetto al *Corpus Juris*, risiedeva nella parte speciale, molto corposa, composta da ben 35 articoli. Vi erano fattispecie dedicate alla tutela dei lavoratori e del mercato del lavoro, una disciplina societaria e fallimentare comprendente figure criminose come la bancarotta, l'amministrazione infedele, la falsa informazione societaria e la lesione dell'integrità del capitale sociale. Si trovava poi una disciplina penale del credito e dei mercati finanziari, una tutela penale dei marchi comunitari e, nel secondo capitolo del Progetto (artt. 23-27), una disciplina dedicata alla tutela dei consumatori e della concorrenza. La tutela della concorrenza si sintetizzava in tre fattispecie: la pubblicità ingannevole, le frodi nei pubblici appalti e la corruzione attiva e passiva nel settore privato⁵³.

Anche per gli studiosi di Friburgo quindi, la corruzione privata rappresentava una potenziale lesione della libera concorrenza e, inserendola tra gli "Europa-Delikte", veniva attribuito a tale incriminazione un ruolo centrale nella salvaguardia delle libertà fondamentali dell'Unione Europea.

Con quest'ultima analisi di un'elaborazione istituzionale (*Corpus Juris*) e un'elaborazione dottrinale (gli "Europa-Delikte") indirizzate verso un'estensione dell'area dei beni giuridici di rilevanza comunitaria, si è esaurito il novero delle fonti europee e internazionali riguardanti la corruzione nel settore privato.

⁵¹ PELISSERO M., *La norma della corruzione nel Progetto di Corpus Juris 2000*, cit., p. 311

⁵² Infatti, al momento della stesura del *Corpus Juris*, si pensava che il catalogo dei delitti presenti sarebbe aumentato, non solo nell'ambito della protezione degli interessi finanziari. L'idea di un diritto penale europeo così unificato, era stato accolto con entusiasmo, v. DELMAS-MARTY M., *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Carl Heymanns Verlag, 1998, pp.9-10

⁵³ FOFFANI L., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 143 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

PARTE PRIMA

CONSIDERAZIONI GENERALI E STORICHE

2.1.1 *Il problema della corruzione in Italia*

“L'Italia è una nazione corrotta? Da sempre o da quando? È corrotto il popolo, la società nel suo complesso? Oppure è corrotta soltanto la classe dirigente del Paese e il popolo assiste, passivo e stupefatto, a questo devastante fenomeno?”⁵⁴. Così si domanda Eugenio Scalfari nell' editoriale del 28 dicembre 2008 dal titolo *La triste storia dell'Italia corrotta*. Scalfari ricorda come il fenomeno corruttivo in Italia affondi le sue radici in un passato remoto: prima degli scandali di Tangentopoli c'era un'Italia monarchica e liberale già infetta dalla piaga della corruzione e, ancor prima dello Stato unitario, la corruzione infestava il regno borbonico e papalino. Anche ai tempi di Dante vi era consapevolezza dell'esistenza della corruzione, che veniva definita come “*baratto*”. Infine, non si può dimenticare l'era della “romanità”: la celebre frase che Sallustio fa dire a Giugurta nel *De bello Jugurtino*, “*Urbem venalem et mature perituram, si emptorem invenerit*” (“Roma venderesti te stessa se trovassi un compratore”), testimonia la vocazione alla corruzione che ha infestato la nazione latina e infesta ora quella italiana.

Si ricordi anche il breve racconto dell'illustre scrittore Italo Calvino, comparso il 15 marzo 1980 sul giornale *La Repubblica*, dal titolo “*Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*”: un decennio prima che venissero a galla gli scandali di Tangentopoli, Calvino raccontava di un Paese che si reggeva sull'illecito. L'illustre scrittore sembra profetizzare gli eventi che solo dieci anni più tardi avrebbero sconvolto l'intera Penisola, descrivendo in questo modo i fatti che infestavano il fantomatico Paese di cui narra: “*C'era un paese che si reggeva sull'illecito. Non che mancassero le leggi, né che il sistema politico non fosse basato su principi che tutti più o meno dicevano di condividere. Ma questo sistema, articolato su un gran numero di centri di potere, aveva bisogno di mezzi finanziari smisurati (ne aveva bisogno perché quando ci si abitua a disporre di molti soldi non si è più capaci di concepire la vita in altro modo) e questi mezzi si potevano avere solo illecitamente cioè chiedendoli a chi li aveva, in cambio di favori illeciti. Ossia, chi poteva dar soldi in cambio di favori in genere già aveva fatto questi soldi mediante favori ottenuti in precedenza; per cui ne risultava un*

⁵⁴La Repubblica, 28 dicembre 2008

sistema economico in qualche modo circolare e non privo d'una sua armonia"⁵⁵. Un paese che si regge sull'illecito è un paese corrotto nelle sue radici, in cui le condotte illecite diventano lecite anche dal punto di vista morale, in cui il privato che intasca la sua tangente può convincersi che la sua condotta sia addirittura "benemerita"⁵⁶; è un paese in cui le organizzazioni criminali si guadagnano terreno e in cui ogni individuo può trovare il suo vantaggio pratico sentendosi moralmente a posto. Anche anni dopo le vicende di Tangentopoli e Mani Pulite la situazione pare non essere cambiata: lo scenario di fondo rappresentato da "il malaffare eretto a sistema nella politica, nella pubblica amministrazione, nelle imprese e nei partiti"⁵⁷, pare essere il medesimo. In Italia la corruzione dilaga e la giustizia penale spesso non riesce a contrastarla.

È stato scritto che la corruzione è "un fenomeno difficile da studiare"⁵⁸ e da penetrare nelle dinamiche così come nella eziologia: infatti, uno dei problemi che caratterizza i fenomeni corruttivi è l'alto indice di occultamento. Si tratta, infatti, di un fenomeno di cui solitamente si sospetta o se ne percepisce la presenza, ma che giunge a conoscenza dell'autorità giudiziaria in percentuali esigue rispetto a come dovrebbe essere. Questo accade principalmente per due motivi: la mancanza di interesse delle vittime a rendere noto l'atto corruttivo e la scarsa visibilità delle tracce del reato⁵⁹ (le somme di denaro che costituiscono la "tangente" sono infatti spesso difficilmente rintracciabili in un paese, come l'Italia, in cui vi è una rilevante economia sommersa⁶⁰).

Nonostante il deficit di visibilità della corruzione, in Italia, è comunque presente sul tema una copiosa produzione scientifica, che ha consentito di investigare l'eziologia, i meccanismi interni, le dinamiche, i costi e le tipologie degli attori di un fenomeno corruttivo che era venuto a galla all'improvviso assumendo proporzioni inimmaginabili e allarmando un'intera nazione.

Da queste fondamentali analisi si evince che un aspetto principale del fenomeno consiste nella reazione del sistema penale alla corruzione, per stabilire in che modo questa sia punita e quali siano stati il tipo e la severità delle sanzioni applicate⁶¹: davanti a una devianza sociale così dilagante e così esposta al teatro dei *mass media*, ciò che appare più necessario è il rafforzamento della giustizia penale. A conferma di questa posizione vi è l'incipit di un saggio del 1997 in cui

⁵⁵La Repubblica, 15 marzo 1980

⁵⁶Così CALVINO I. in La Repubblica, 15 marzo 1980, il quale narra "Ma a guardar bene il privato che si trovava a intascare la sua tangente individuale sulla tangente collettiva, era sicuro d'aver fatto agire il proprio tornaconto individuale in favore del tornaconto collettivo, cioè poteva senza ipocrisia convincersi che la sua condotta era non solo lecita ma benemerita."

⁵⁷Così, DAVIGO P.- MANNOZZI G., *La corruzione in Italia, percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, 2007, p. XIII

⁵⁸Così A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. Forti, *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Vita e Pensiero, 2003, p.6

⁵⁹Così, DAVIGO P.- MANNOZZI G., *La corruzione in Italia*, cit., p. 5

⁶⁰Nell'ambito più ristretto della corruzione privata è utile far riferimento ai fondi non contabilizzati in bilancio, attraverso i quali si creano somme sfruttabili da amministratori sleali per operazioni illecite, come la corruzione privata. Tuttavia, non è facile individuare e riconoscere i capitali occulti destinati a tali attività illecite. Da qui, si comprende come l'occultamento sia una caratteristica di qualsiasi fenomeno corruttivo, in V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in Riv. trim. dir. pen. econ., Fasc. 4, 2012, p 907

⁶¹DAVIGO P.- MANNOZZI G., *La corruzione in Italia*, cit., p. 6

Domenico Pulitanò, in relazione ai fatti di Tangentopoli e Mani pulite, scrive: “è in corso nel paese un aspro dibattito attorno a temi e problemi fondamentali per l’assetto ed il funzionamento del sistema penale. Nel teatro dei mass media si sentono spesso recite strumentali ad interessi di parte, nelle quali i fatti sono deformati, e i temi della giustizia degradati a strumento di pressione e (forse) a merce di scambio nel mercato politico. Le voci dell’analisi critica, che intendono sottrarsi a logiche di schieramento, stentano a trovare spazio. Esigenza prioritaria, e compito oggi ineludibile per la dottrina giuridica, mi sembra il cercare di ricostruire le condizioni di un dialogo razionale e non strumentale, che sappia mettere a fuoco, dietro gli eventi della cronaca quotidiana, gli elementi davvero rilevanti per il disegno istituzionale e per un corretto funzionamento di istituzioni di giustizia”⁶².

Pulitanò scriveva queste parole nel dicembre del 1996 e da quell’anno fino ad oggi, l’Italia, di fronte alla necessità di creare una giustizia penale funzionante e razionale, si è dotata di un corredo di norme più esteso, più severo e concentrato anche su un sistema preventivo. Il sistema normativo si è dunque rafforzato nel corso degli anni, ma ci si chiede ancora come mai in Italia continuino ad emergere casi di grave e diffusa corruzione (si pensi ai grandi e recenti scandali di Mose, Expo e Mafia Capitale). La dottrina ha cercato di evidenziare i motivi per cui l’assetto normativo italiano non abbia ancora portato i risultati sperati⁶³. Una prima causa può essere la necessità di tempo affinché le norme trovino applicazione e riescano a dispiegare i loro effetti. Infatti, anche la Banca Mondiale definisce i piani anticorruzione come progetti a lungo termine⁶⁴. Una seconda considerazione è invece di carattere sociologico e riguarda “la sostituzione di un vero e proprio modello culturale, con il passaggio di chi crede di poter vincere perché elude la legge al modello di chi vuole e può vincere perché è il più bravo”⁶⁵. È necessario, quindi, che tutti i cittadini vedano nella corruzione un grave disvalore che minaccia lo Stato di diritto, la democrazia e il popolo in modo da poter recepire, condividere, attuare e rendere effettive le regole di prevenzione e repressione di tale fenomeno criminoso. Si tratta di un tipo di intervento che richiede tempo ed energie per uno Stato, come quello italiano, corroso nelle sue radici dalla corruzione, ma è anche il solo capace di portare risultati che abbiano una stabilità a lungo termine e non solo apprezzabili nelle situazioni di emergenza, come di solito accade. Questa educazione all’anticorruzione dovrebbe ricevere delle basi solide anche nell’ambito imprenditoriale: si dovrebbe insegnare che il sistema di concorrenza leale premia le imprese più meritevoli ed espunge invece quelle che si sorreggono sul pagamento di tangenti.

In conclusione di questo paragrafo, si richiamino le parole usate da Scalfari, nell’Editoriale sopramenzionato, nell’ambito di una ricerca dei motivi per cui la corruzione sia così presente in Italia: “La corruzione italiana è un fenomeno

⁶²PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in Riv.it.dir.proc.pen., Fasc. 1, 1997, p. 3, il quale prosegue il saggio analizzando i difficili equilibri del sistema penale nell’ambito dei fenomeni corruttivi e proponendo modelli di giustizia penale ideale.

⁶³SEVERINO P., *Lotta alla corruzione internazione ed omogeneità delle regole di prevenzione*, in BONELLI F. - MANTOVANI M., *Corruzione nazionale e internazionale*, Giuffrè Editore, 2014, p. 3-6

⁶⁴ Per il ruolo della Banca Mondiale nei piani anticorruzione si consulti <https://www.acauthorities.org/content/about-aca>

⁶⁵SEVERINO P., *Lotta alla corruzione*, cit., p. 4

che deriva direttamente dall'estraneità dello Stato rispetto al popolo, dall'esistenza d'una classe dirigente barricata a difesa dei suoi privilegi, dall'appropriazione delle risorse pubbliche da parte dei potenti di turno, dal proliferare delle corporazioni con proprie deontologie, propri statuti, propri privilegi; dalla criminalità organizzata e governata da leggi e codici propri. Infine, in assenza di una legalità riconosciuta, dalla necessità di supplire a quell'assenza con la corruzione spicciola, necessaria per mitigare l'arbitrio con la compravendita di indulgenze civili come da sempre ha fatto la Chiesa con le indulgenze religiose". Si evince quindi, come vicinanza dello Stato al popolo, sotto forma di educazione all'anticorruzione, e legalità, siano le possibili chiavi per combattere il devastante problema della corruzione in Italia.

2.1.2 La corruzione privata all'ombra della corruzione pubblica

Conviene ora concentrarsi sulla sola corruzione privata, cercando di comprendere come mai questa abbia tardato ad affermarsi nell'assetto normativo italiano. L'ordinamento italiano infatti, nel suo impianto tradizionale, ha sempre circoscritto l'incriminazione del fenomeno corruttivo all'ambito pubblico e, soltanto con la riforma dei reati societari, in seguito al D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61, viene introdotta una prima figura criminosa recante una disciplina, sebbene insoddisfacente e insufficiente, del fenomeno corruttivo: si trattava del reato di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", sulle problematiche del quale ci si soffermerà nelle pagine seguenti.

È da chiedersi, quindi, quali sono le difficoltà insite nell'incriminazione della corruzione nel settore privato. Tralasciando le forme minori di corruzione tra privati, che verranno analizzate separatamente nel presente capitolo, nella dottrina penalistica italiana, le prime istanze per la repressione della corruzione privata risalgono agli anni 70', quando si percepisce l'esigenza di "*apprestare una linea di tutela avanzata in vista del pericolo di inquinamento del processo di motivazione degli atti di gestione*" nell'ambito di società di capitali, "*attraverso l'introduzione di forme analoghe ai delitti di corruzione pubblica ex artt. 318 ss.*".⁶⁶

Negli anni 70' si comincia così a percepire che la corruzione privata può produrre effetti negativi sul sistema economico e sociale e ci si chiede se sia appropriato, dal punto di vista politico-criminale, espandere la rilevanza dei fenomeni corruttivi, dal loro tradizionale settore di pertinenza - quello pubblico - al settore privato. Spesso però, dalla dottrina penalistica si evince come la questione politico-criminale della corruzione privata ingeneri più confusione che altro e in molti hanno sostenuto che, a spingere verso un'incriminazione di tale fenomeno, siano ragioni di ordine moralistico. Si è quindi ritenuto che la

⁶⁶ È questa la proposta di MARINUCCI G. -ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in Riv. it. Dir. Proc. pen., fasc. 3, 1971, p. 707

corruzione tra privati sia funzionale, più che a una tutela di specifici interessi, ad una presunta esigenza di moralizzazione nei rapporti interprivati.⁶⁷

Alla base della questione sembrerebbe, quindi, scorgersi solo il riferimento ad un ideale etico: all'ideale dell'imprenditore o impiegato incorruttibili operanti in un'economia eticamente orientata, in cui gli attori perseguono valori morali quali lealtà, correttezza e bene del consumatore⁶⁸. Questa tendenza riscontrata dagli studiosi genera il rischio di oscurare quelle finalità di tutela che l'incriminazione della corruzione privata dovrebbe perseguire: anziché aiutare il ragionamento giuridico nella ricerca e nella delimitazione dei piani di tutela, confonde i problemi e le possibili soluzioni in "un unico manto di indifferenziata moralizzazione"⁶⁹.

Un ulteriore problema dell'incriminazione della corruzione tra privati va analizzato nell'ambito più generale del processo genetico di qualsiasi norma penale: quando può nascere una norma penale? Si può rispondere con le parole dell'illustre filosofo e massimo esponente dell'Illuminismo italiano, Cesare Beccaria, il quale, nel suo trattato *Dei delitti e delle pene*, scrive "Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica [...] ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari"⁷⁰. L'intervento pubblico in materia penale deve quindi apparire necessario e questa necessità si misura con l'idoneità dell'intervento penale al mantenimento di una pacifica convivenza della comunità statale. Perché sia possibile ottenere questo risultato, è fondamentale l'individuazione di un bene giuridico da proteggere, appartenente al singolo o alla collettività. Il diritto penale, infatti, può tutelare solo comportamenti dannosi socialmente e non anche quelli eticamente rimproverabili⁷¹.

Applicando questi ragionamenti generali al caso dell'incriminazione della corruzione tra privati si noti come, in tale fattispecie, non sia individuabile un'offesa a beni strettamente personali e dotati di particolare pregnanza e tangibilità, ma anzi, è evidente come ci si trovi davanti alla difficoltà di individuare uno scopo di tutela della norma⁷² (per la corruzione pubblica invece il bene giuridico tutelato è facilmente individuabile nella correttezza, nel prestigio, nell'imparzialità della pubblica P.A.⁷³)

⁶⁷ Così, SPENA A., *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, Riv. trim. dir. Pen. econ., fasc. 4, 2007, p.808

⁶⁸ Sul tema, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, 2002

⁶⁹ Così, SPENA A., *Punire la corruzione privata?* cit., p.809

⁷⁰ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 2007, p.38

⁷¹ Così MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Giuffrè Editore, 2004, pp. 1-50, il quale puntualizza "che una legislazione penale razionale e orientata allo scopo deve ulteriormente rispettare alcuni canoni essenziali tra i quali assumono un ruolo significativo: a) la *sussidiarietà*, che orienta sul piano dei rapporti con le altre tecniche di tutela a disposizione del legislatore; b) la *frammentarietà*, che postula una tutela penale a chiazze per specificità di interesse e di comportamento criminalizzabile; c) la *proporzionalità*, che funge da indice di valutazione dei beni in conflitto; d) la *meritevolezza di pena*, che funge da parametro del livello di gravità dell'aggressione ad un bene degno di protezione penale."

⁷² Sul tema vedi DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004, p.12 ss.

⁷³ FORTUNA F.S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2010, pp. 90-91

Enzo Musco, in un suo saggio, spiega la deriva che sta prendendo il potere politico nel proliferare norme, dimenticando i principi fondamentali da rispettare nella creazione normativa (necessarietà, sussidiarietà, extrema ratio ecc.) e porta ad esempio l'incriminazione della corruzione privata. Musco sostiene che, spesso, l'*an* della criminalizzazione dei comportamenti umani sia solo frutto del gusto del detentore del potere e, quindi, della mera valutazione politica: è dietro la motivazione politica, infatti, che si possono nascondere e mascherare bisogni irrazionali, fattori emozionali e insicurezze collettive. Secondo Musco, l'oggetto di tutela della corruzione privata è di così difficile ricostruzione, che sembra poter muoversi solo sul terreno della moralizzazione dell'attività imprenditoriale privata. L'incriminazione di tale fenomeno perseguirebbe quindi un solo obiettivo di natura morale⁷⁴. Dunque, alla luce dei principi fondamentali esposti precedentemente, una norma penale che sanzioni la corruzione privata non dovrebbe trovare spazio nell'assetto normativo italiano.

Questa è l'opinione di un giurista, ma aiuta comunque a comprendere come mai la dottrina penalistica si sia sempre concentrata maggiormente sulla corruzione pubblica, il cui oggetto di tutela è immediatamente afferrabile.

La corruzione privata è rimasta sempre all'ombra di quella pubblica anche per un altro motivo: tendenzialmente è stata qualificata solo "in negativo", ossia per esclusione⁷⁵. Costituirebbe corruzione privata qualsiasi corruzione "non pubblica", e poiché corruzione pubblica è corruzione di un pubblico agente, l'ambito concettuale della corruzione privata si definisce assumendo che, per essere tale, un fatto di corruzione deve coinvolgere, quale soggetto corrotto, qualcuno che non sia pubblico agente. Il problema è che, definito per esclusione, l'ambito della corruzione tra privati è ancora troppo ampio per avere fondatezza dal punto di vista politico-criminale: il ruolo del genitore, del chierichetto, dell'insegnante e così via, non possono rientrare nella sfera di applicazione della norma. Se si volesse offrire copertura penale a tutte queste persone, si rischierebbe di dar vita ad una norma difettosa sul piano della tassatività e insoddisfacente sotto il profilo dell'effettività⁷⁶. È necessario, quindi, compiere un'operazione di allontanamento dalla corruzione pubblica e definire la corruzione privata "in positivo", attribuendole la sua caratteristica principale, vale a dire, il fatto che essa abbia luogo nel contesto, non già di una pratica sociale qualsiasi, ma nell'ambito di un'attività commerciale.

Per questi motivi, l'incriminazione della corruzione privata è sempre stata ostile a gran parte della dottrina penalistica italiana e, anche dopo la sua previsione nel codice civile italiano e dopo tutte le sue modifiche fino al 2017, la situazione pare non essere cambiata: è evidente la difficoltà della comunità scientifica ad accettare una simile norma.

⁷⁴ MUSCO E., *L'illusione penalistica*, cit., pp. 1-50. L'autore è molto critico nei confronti della decisione dell'Unione europea di incriminare tale comportamento: sostiene che anche il fenomeno della privatizzazione non possa in alcun modo incentivare fenomeni corruttivi tra privati e ritiene che non vi sia spazio per alcuno scopo di tutela, nemmeno per il bene giuridico concorrenza.

⁷⁵ SPENA A., *Punire la corruzione privata?* cit., p. 813

⁷⁶ LA ROSA E., *Prospettive di repressione penale della corruzione privata nell'ordinamento giuridico*, in SIRACUSANO P., *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giappichelli, 2007, pp. 199-235

2.1.3 Il bene giuridico tutelato nelle fattispecie di corruzione

La protezione dei beni giuridici rappresenta una delle funzioni fondamentali del diritto penale. Come già puntualizzato nel precedente paragrafo, l'idea del bene giuridico recupera ascendenze illuministiche. Tale idea evidenzia come il sistema penale non abbia per scopo ideali etici, morali o ultraterreni, ma persegue un obiettivo socialmente utile: proteggere beni e interessi, dalla cui tutela dipende una convivenza pacifica. Questo circoscrive la funzione del diritto penale nei limiti della stretta necessità e così, se la sanzione punitiva è prevista solo laddove indispensabile, prima conseguenza è che la tutela penale avrà ad oggetto soltanto i beni essenziali ai fini di una ordinata convivenza umana. Ne deriva che non sarà ammessa la tutela di beni o interessi di irrilevante consistenza⁷⁷.

Per questi motivi, appare importante intraprendere un'analisi generale dei possibili oggetti di tutela che vengono in questione nell'ambito delle fattispecie corruttive.

Può essere utile concentrarsi preliminarmente sulla corruzione in ambito pubblico: i beni giuridici tutelati dagli articoli 319-322 del codice penale possono infatti in qualche modo essere utili ai fini dell'identificazione dei possibili oggetti di tutela della corruzione tra privati. La dottrina ha individuato diverse soluzioni: è stato scritto che oggetto della tutela possa essere il dovere di fedeltà. Tuttavia, viene subito obiettato che un dovere non può costituire un bene⁷⁸. Si è poi pensato a un bene giuridico costituito dal prestigio della P.A., ma anche questo viene abbandonato per la evidente genericità. Si è poi riconosciuto nell'imparzialità dell'amministrazione il bene in questione, ma anche questa impostazione è stata abbandonata dalla dottrina⁷⁹. Non potendo considerarsi idonee queste soluzioni, l'impostazione preferibile individua il bene giuridico in esame nella fiducia dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, poiché tutte le fattispecie di corruzione pubblica ledono o mettono in pericolo tale fiducia⁸⁰.

Ad un primo sguardo, sembra che qualunque atto corruttivo leda un rapporto di fiducia: la corruzione è un fatto di relazione. Tutte le corruzioni hanno una struttura di relazione a tre: "lui, lei...e l'altro", in cui la relazione "lui e lei" (denominato solitamente "relazione di agenzia") è quella ufficiale e fisiologica e rappresenta il presupposto di una corruzione; mentre la relazione "lei e l'altro" è segreta e patologica e costituisce la corruzione vera e propria. Per comprendere al meglio la dinamica, basta pensare a un tradimento, in cui vi è una relazione tra traditore e tradito, considerata esclusiva da tradito, alla quale si aggiunge l'instaurazione di una diversa relazione di contenuto identico con un'altra persona⁸¹. È chiaro che qualunque tradimento implica una rottura del rapporto di

⁷⁷ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, p.6

⁷⁸ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2008, p. 136

⁷⁹ FORTUNA F.S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p.92

⁸⁰ In questo senso, SEMINARA S., *Artt. 314-360 in Commentario breve al codice penale*, CEDAM, 1999, pp.805 ss; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, 2011, p. 515

⁸¹ A. SPENA *Il "turpe Mercato", teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Giuffrè Editore, 2003, pp. 1-35

fiducia, quindi è logico pensare che anche nella corruzione privata il disvalore del fatto possa rivenirsi ne “la violazione, o l’induzione a violare, il dovere di buona fede e lealtà che un agente deve al proprio principale”⁸².

La corruzione privata, infatti, può essere interpretata come atto di slealtà, di infedeltà. Significa che “l’agente chiamato ad essere fedele passa dall’altra parte: agisce, quindi, in maniera finalizzata a promuovere gli interessi di qualcuno o qualcosa diversi dalla persona o dalla causa cui egli è chiamato ad essere fedele”⁸³.

Questo modo di concepire la corruzione privata va ricondotta al cosiddetto “modello lealistico-fiduciario”, di derivazione francese e ispirato a principi “giuslavoristici”, nel senso che, il disvalore della corruzione sarebbe proiettato sul piano del rapporto di lavoro⁸⁴. Tale modello di tutela giuridica contro la lesione della fiducia o della lealtà è di primaria importanza ai fini di questa trattazione, dal momento che, in Italia, dopo il D.Lgs. 38/2017, la norma della corruzione tra privati è stata evidentemente modificata in questo senso e, in Germania, dopo la riforma del 2015 è stata inserita nel § 299 dello *Strafgesetzbuch* un secondo modello di corruzione privata visibilmente a tutela del rapporto di lealtà e fiducia con l’impresa. Per un’analisi approfondita delle modifiche in questione si rinvia ai capitoli successivi.

È però giusto fin d’ora notare come la dottrina abbia spesso criticato questo modello di tutela: sicuramente la corruzione è connessa con l’idea del tradimento e della slealtà, ma una teoria del genere – con un bene giuridico come la lealtà o la fiducia nel “rapporto di agenzia” - non indicherebbe comunque un contenuto offensivo sufficiente a fondare la criminalizzazione. In primo luogo, un evidente vizio del modello lealistico è quello di confondere “corruzione” ed “esecuzione”: comportamento infedele potrà al massimo essere il compimento dell’atto oggetto di corruzione, ma non la corruzione stessa. Finché si limita a ricevere denaro o ad accettarne la promessa, l’agente non fa ancora nulla contro l’interesse del principale. In secondo luogo, tale modello pare essere ridotto solo a “una perifrasi di altri modelli”⁸⁵: gli interessi tutelati sarebbero altri e l’infedeltà costituirebbe solo lo sfondo di altre lesioni. Per concludere, si può dire che il modello lealistico-fiduciario suggerirebbe un’offensività davvero inconsistente, finendo per risolvere la riprovevolezza dei fatti di corruzione privata in un mero immoralismo.

La corruzione privata può poi essere presa in considerazione anche nell’ottica di una tutela del patrimonio del principale. Questo modello di tutela vede solitamente l’inserimento del “nocumento alla società”⁸⁶ nella struttura del fatto tipico. Il principale problema di una norma di corruzione tra privati ispirata a questo modello, è che in sostanza verrebbe incriminata la creazione di un

⁸² Così, A. SPENA, *Punire la corruzione privata?* cit., p. 820

⁸³ Così, GREEN, *What’s wrong with bribery*, in DUFF-GREEN, *Defining crimes. Essays on the special part of the Criminal law*, Oxford University Press, 2005, p.160

⁸⁴ L’offesa quindi, colpisce la relazione fiduciaria che lega i due soggetti principali, vedi L. FOFFANI *La “corruzione tra privati” nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un’occasione mancata?*, cit., p.399

⁸⁵ A. SPENA, *Punire la corruzione privata?* cit., p. 826

⁸⁶ Si fa riferimento alla struttura del reato così come era formulata in Italia prima della riforma del 2017, quindi riferita al solo ambito societario: per questo “nocumento alla società” e non a patrimoni di altri enti operanti in campo commerciale.

pericolo presunto per il patrimonio del principale. In relazione a ciò, la dottrina si è chiesta se sia giustificata una tale anticipazione della tutela penale del patrimonio. Autorevole dottrina è giunta alla conclusione che il bene patrimonio non possieda “una consistenza, una rilevanza, sufficiente a giustificare la criminalizzazione di condotte che rispetto ad esso siano portatrici di una carica di pericolosità del tutto remota, e comunque del tutto presunta”⁸⁷. Quindi, anche il modello patrimonialistico presenterebbe delle criticità. La norma italiana di corruzione tra privati fino al D.lgs. del 2017 era ispirata a questo modello, si rinvia quindi ai p mi paragrafi l’analisi più completa delle problematiche riscontrate dalla dottrina italiana in relazione al bene giuridico “patrimonio”.

Un ultimo modello ricostruttivo cui può ispirarsi la corruzione tra privati è quello concorrenziale. Il termine concorrenza può assumere diversi significati e, tra questi, il significato che assume rilevanza in questo contesto, attiene alla rivalità, alla competizione e alla lotta tra imprese. Tutelare la concorrenza significa quindi “garantire la fase dinamica del quotidiano esplicarsi della libera iniziativa economica”⁸⁸. Questo modo di intendere la concorrenza rispecchia la prospettiva macro-economica, che è quella che emerge espressamente all’interno del dibattito intorno al §299 dello *Strafgesetzbuch*. Il §299 *StGb* è infatti inserito nel codice penale tedesco nella sezione dedicata ai reati contro la concorrenza (*Straftaten gegen den Wettbewerb*). La norma tedesca sanziona quindi gli atti corruttivi volti a favorire in maniera sleale (*unlauter*) un’altra persona nell’acquisto in concorrenza di beni o servizi commerciali⁸⁹. Anche la norma italiana, sebbene in modo diverso, menziona la possibilità di una corruzione privata che causa distorsioni della concorrenza nell’acquisizione di beni e servizi. Non solo, ci sono anche le norme internazionali ed europee analizzate nel precedente capitolo che vedono la concorrenza in senso macro-economico come oggetto di tutela della norma.

Ciò che ci si può cominciare a domandare fin d’ora è se la concorrenza possa essere considerata un bene giuridico socialmente rilevante. Per dare una risposta positiva a questo quesito, bisognerebbe dimostrare che i fatti di corruzione privata rappresentano aggressioni insostenibili e intollerabili al bene della concorrenza e che, quindi, l’incriminazione della corruzione rappresenta una scelta proporzionata al disvalore di questi fatti⁹⁰.

Nel corso della trattazione, queste problematiche verranno analizzate in modo più approfondito. In questa sede, è sufficiente notare come non sia facile trovare un oggetto di tutela per questa norma e ci si può anche allarmare per l’operazione inversa che si compie ragionando in questa maniera: si dovrebbe infatti, prima, identificare un bene giuridico essenziale da proteggere e, poi, costruire la norma a tutela di quel bene della vita essenziale per la comunità. Nell’ambito della corruzione privata pare invece che si compia un’operazione del tutto contraria: la ricerca di un bene giuridico per una norma penale già nata. Alla

⁸⁷ A. SPENA, *Punire la corruzione privata?* cit., p. 817; in questo senso anche S. SEMINARA, *Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?*, cit., p.300

⁸⁸ E. LA ROSA, *Prospettive di repressione penale*, cit., p. 205

⁸⁹ È d’obbligo puntualizzare che dal 2015 (dopo la *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015*) il §299 contiene anche una forma di corruzione privata ispirata al modello lealístico-fiduciario e non è più quindi volta a tutelare la sola concorrenza leale.

⁹⁰ A. SPENA, *Punire la corruzione privata?* cit., p. 822

luce dei principi fondamentali in materia penale, può considerarsi ammissibile ragionare in questo modo?

2.1.4 *Le fattispecie minori di corruzione tra privati*

Prima di concentrarsi sulla struttura del reato di corruzione tra privati, è utile ricordare che, nell'ordinamento italiano, sono da tempo presenti, sia all'esterno che all'interno del codice penale, ipotesi criminose che ricalcano lo schema della corruzione in ambito privato. È importante analizzare queste discipline per meglio delimitare il ruolo dell'art. 2635 cc. all'interno dell'assetto normativo italiano: alcune di queste discipline possono, infatti, colpire, in via indiretta ed eventuale, alcune fra le più significative forme di manifestazione della corruzione nel settore privato⁹¹. Le fattispecie che verranno considerate sono la "frode sportiva", il "mercato di voto" nelle procedure concorsuali, il reato di "comparaggio" nella commercializzazione di prodotti farmaceutici, la "turbata libertà degli incanti", "l'astensione dagli incanti" e l'accettazione di compensi illegali.

La "frode in competizioni sportive" (art. 1 legge 13 dicembre 1989, n. 401⁹²) riguarda una particolare ipotesi di corruzione privata legata allo svolgimento di competizioni sportive. Lo scopo del legislatore è quello di salvaguardare il corretto svolgimento delle competizioni, e oggetto di tutela del reato è, quindi, il regolare e leale andamento di queste. Soggetto attivo del reato è chiunque offre o promette denaro o altra utilità. Per quanto riguarda invece il soggetto passivo, la dottrina è divisa sul significato di "partecipante": la soluzione più sensata è che partecipante non sia solo l'atleta, ma ogni soggetto la cui presenza sia indispensabile per lo svolgimento della gara⁹³. La norma presenta un'evidente affinità con la corruzione privata nell'ipotesi aggravata del comma 3: l'influenza su concorsi pronostici e scommesse è infatti causata da pattuizioni dal carattere prevalentemente commerciale, quindi molto simili alle pattuizioni effettuate in una corruzione privata. Tuttavia, il discrimine è abbastanza marcato

⁹¹ R. ACQUAROLI- L. FOFFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, cit., p. 9

⁹² Il reato in questione prevede che "chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal CONI (comitato olimpico nazionale italiano), dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad esso aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, è punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la multa da lire cinquecento mila a lire due milioni. Nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa. Le stesse pene si applicano al partecipante alla competizione che accetta il danaro o altra utilità o vantaggio, o ne accoglie la promessa. Se il risultato della competizione è influente ai fini dello svolgimento di concorsi, pronostici e scommesse regolarmente esercitati, i fatti di cui ai commi 1 e 2 sono puniti con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni".

⁹³ PADOVANI T., *Commento all'art. 1 l. 13 dicembre 1989, n. 401*, in *Legisl. Pen.*, 1990, p. 95.

dalla delimitazione dell'ambito di applicazione della norma alle sole attività sportive⁹⁴.

Il "mercato di voto" è una fattispecie prevista dall'art. 233 della Legge fallimentare del 1942⁹⁵ (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) e descrive un particolare tipo di corruzione, legata allo svolgimento di una procedura concorsuale. La condotta incriminata consiste in un accordo, con il quale il creditore si assicura vantaggi, in cambio dei quali si impegna a votare, in un determinato senso, all'interno del comitato dei creditori (organo della procedura concorsuale): oggetto di indebita stipulazione è, quindi, l'esercizio del voto da parte del creditore nel concordato fallimentare o nelle deliberazioni del comitato dei creditori⁹⁶. Oggetto di tutela della norma è l'interesse generale alla regolarità delle procedure concorsuali e alla parità di trattamento tra i creditori (*par condicio creditorum*).

Il "comparaggio" è disciplinato dagli artt. 170-172 del Testo Unico delle Leggi sulla sanità (r.d. 1265/1934)⁹⁷ e costituisce, tra le fattispecie minori di corruzione privata oggetto di questo paragrafo, la norma più risalente nel tempo, oltre che la norma più simile alla corruzione tra privati di cui all'art. 2635 cc: con il termine "comparaggio" si intende il fatto del medico e del veterinario o del farmacista di favorire la diffusione di certi prodotti medicinali o farmaceutici in cambio di denaro o altra utilità o della promessa di denaro o altra utilità, nonché il fatto di corruzione attiva di colui che effettua il pagamento o la promessa di denaro o altra utilità⁹⁸. Con queste disposizioni il legislatore mira a sanzionare

⁹⁴R. ACQUAROLI- L. FOFFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, cit., p. 21

⁹⁵Art 233 (*Mercato di voto*) - Il creditore che stipula col fallito o con altri, nell'interesse del fallito, vantaggi a proprio favore, per dare il voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a 103 euro.

La somma o le cose ricevute dal creditore sono confiscate. La stessa pena si applica al fallito e a chi ha contratto col creditore nell'interesse del fallito".

⁹⁶M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Ipsoa, 1999, pp. 530-531

⁹⁷Art. 170- "Il medico o il veterinario che ricevano, per sé o per altri, denaro o altra utilità ovvero ne accettino la promessa, allo scopo di agevolare, con prescrizioni mediche o in qualsiasi altro modo, la diffusione di specialità medicinali o di ogni altro prodotto a uso farmaceutico, è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da lire duemila a cinquemila.

La pena è sempre dell'arresto in caso di recidiva. Se il fatto violi pure altre disposizioni di legge, si applicano le relative sanzioni secondo le norme sul concorso dei reati. La condanna all'arresto importa la sospensione dall'esercizio della professione per un periodo di tempo pari alla durata della pena inflitta".

Art. 171 - "Il farmacista che riceva per sé o per altri denaro o altra utilità ovvero ne accetti la promessa, 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 è punito con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da euro 206 a euro 516. Se il fatto violi altre disposizioni di legge, si applicano anche le relative sanzioni secondo le norme sul concorso dei reati. La condanna importa la sospensione dall'esercizio della professione per un tempo pari alla durata della pena inflitta. Indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale il prefetto può, con decreto, ordinare la chiusura della farmacia per un periodo da uno a tre mesi, e in caso di recidiva pronunciare la decadenza dall'esercizio della farmacia".

⁹⁸Art. 172 - "Le pene stabilite negli artt. 170 e 171, primo e secondo comma, si applicano anche a carico di chiunque dà o promette al sanitario o al farmacista denaro o altra utilità. Se il fatto sia commesso dai produttori o dai commercianti delle specialità e dei prodotti indicati nei detti articoli, il Ministro della sanità, indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale, può ordinare, con decreto, la chiusura dell'officina di produzione e del locale ove viene esercitato il commercio, per un periodo da uno a tre mesi e, in caso di recidiva, ne può disporre la chiusura definitiva. Il Ministro

penalmente sia l'illecita alterazione della concorrenza fra le case farmaceutiche, sia l'illecita interferenza da parte di industrie farmaceutiche nelle scelte scientifiche e terapeutiche del medico, a salvaguardia della libertà e autonomia di tali categorie professionali. Oggetto di tutela sono, quindi, sia gli appena descritti interessi di polizia sanitaria ma si possono individuare anche interessi di natura individuale: si pensi al malato a cui, il medico corrotto prescrive, oppure l'infedele farmacista consiglia, l'acquisto di un determinato farmaco invece di un altro per torbide ragioni di lucro⁹⁹. Ai fini di questa trattazione, è utile notare come il modello della corruzione tra privati si trova qui realizzato in ogni suo elemento (pagamento o promessa di denaro o altra utilità, allo scopo di ottenere un indebito vantaggio commerciale), ma se ne differenzia perchè circoscritto esclusivamente ad una particolare tipologia di attività economica (la commercializzazione di specialità medicinali e di altri prodotti ad uso farmaceutico)¹⁰⁰. Inoltre, una forma di "comparaggio" è presente anche nell'ordinamento tedesco (§299a e §299b StGb), motivo per cui si rinvia al successivo capitolo successivo per un'analisi comparata della fattispecie con la corrispondente norma tedesca (*Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen*).

La "turbativa d'asta" è la prima forma di corruzione tra privati che si rinviene nel codice penale italiano e disciplinata dall'art 353¹⁰¹. Insieme alla fattispecie di "astensione dagli incanti", si tratta dell'unica vera ipotesi di corruzione economica nel settore privato presente nel codice penale italiano, sia pur delimitata ad una particolare situazione, vale a dire lo svolgimento di pubblici incanti e licitazioni private¹⁰². Lo svolgimento dei pubblici incanti il c.d. procedimento per asta pubblica, aperta a qualunque soggetto che abbia i requisiti richiesti, e che si articola in diverse fasi: pubblicazione dell'avviso d'asta, selezione, aggiudicazione e stipula del contratto. La licitazione, invece, è una gara pubblica aperta soltanto ad alcuni concorrenti, ritenuti idonei dalla P.A. Dopo aver delimitato il campo di applicazione, ci si può concentrare sul perché tale fattispecie possa essere ricondotta all'interno della corruzione tra privati. Quanto alle condotte, il reato può essere commesso da chiunque, sia egli persona estranea, interessata o controinteressata alla gara; si ha un notevole incremento sanzionatorio se autore è un soggetto che ricopre qualifiche pubblicistiche. Si tratta di un reato di evento, per la cui integrazione è necessario

può, inoltre revocare la registrazione delle specialità medicinali o l'autorizzazione a preparare o importare per la vendita ogni altro prodotto ad uso farmaceutico".

⁹⁹R. VENDITTI, Comparaggio (voce), in Enc. Dir., vol. VII, Milano, 1960, p. 1012.

¹⁰⁰R. ACQUAROLI- L. FOFFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, cit., p. 18

¹⁰¹Art. 353 c.p. - "Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di Pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a 1032. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a 2065. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà."

¹⁰²ROMANO M., Art. 353, in ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Artt. 336- 360 cod. pen., Milano, 1999, p. 188.

che si verificano, alternativamente, l'impedimento o il turbamento della gara oppure l'allontanamento di uno o più offerenti. Affinchè si realizzino tali eventi, l'autore può tenere una pluralità di condotte consistenti in violenza o minaccia od anche nell'effettuare dazioni di doni o promesse, collusioni e finanche nell'utilizzo

di mezzi fraudolenti.¹⁰³ Dal punto di vista della repressione della corruzione tra privati, assume importanza il riferimento dell'art. 353 c.p. alla "collusione" come tipico mezzo di turbamento o impedimento delle gare: in tale comportamento rientra qualsiasi accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, e quindi, anche i veri e propri accordi corruttivi.

Per quanto riguarda poi gli interessi tutelati dall'art. 353 c.p., si rinvergono da un lato, l'interesse generale della libertà e lealtà della concorrenza, dall'altro lato l'interesse specifico della pubblica amministrazione al regolare svolgimento delle gare, che debbono precedere la stipulazione di un contratto con la pubblica amministrazione¹⁰⁴.

L'altra fattispecie "minore" di corruzione tra privati, presente nel codice penale italiano, è disciplinata dall'art. 354 c.p., rubricata "astensione dagli incanti"¹⁰⁵.

La fattispecie costituisce un'ipotesi singolare di concorso mediante fatti omissivi nel delitto di turbata libertà degli incanti, previsto dall'art. 353 c.p., che il legislatore, in deroga alle norme stabilite negli artt. 110 ss. c.p., ha configurato come ipotesi speciale ed autonoma di reato, per non lasciar dubbi in ordine alla punibilità di una condotta meramente negativa ed per il bisogno di punirla con una pena minore di quella comminata per il delitto attivo¹⁰⁶.

Infine, un'ultima fattispecie minore di corruzione tra privati è "l'accettazione di compensi illegali". Questo reato ha subito nel 2010 un trasferimento di sede: originariamente era contenuto nell'art. 178 del Testo Unico della Finanza (d.lgs. 58/1998), abrogato dall'art. 40 del D.Lgs. 39/2010, che ha dato attuazione alla direttiva 2006/43/CE in materia di revisione legale e contabile. L'art. 178 è stato sostituito dall'art. 30¹⁰⁷ della novella legislativa del 2010. Come in tutte le fattispecie di corruzione, anche nell'ipotesi in esame, è presente un accordo illecito, che è, in questo caso, stipulato tra soggetti che compiono attività di revisione contabile e i soggetti che occupano posizioni apicali all'interno della

¹⁰³AMATO G., *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in Cass. Pen., 1999, Fasc. 1, p. 549.

¹⁰⁴R. ACQUAROLI- L. FOFFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, cit., p. 16

¹⁰⁵Art 354 - "Chiunque, per denaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a euro 516".

¹⁰⁶RIVERDITI M., *Frodi negli incanti e nelle licitazioni*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, volume II*, Giuffrè, 2008, p. 449.

¹⁰⁷Art. 30, *Compensi illegali*- "Il responsabile della revisione legale e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione legale, che percepiscono, direttamente o indirettamente, dalla società assoggettata a revisione legale compensi in denaro o in altra forma, oltre quelli legittimamente pattuiti, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro mille a euro centomila. La stessa pena si applica componenti dell'organo di amministrazione, ai dirigenti e ai liquidatori della società assoggettata a revisione legale che hanno corrisposto il compenso non dovuto."

società revisionata. Il primo comma descrive una tipica condotta di corruzione passiva (percezione, diretta o indiretta, di compensi eccedenti quelli legittimamente pattuiti), mentre il secondo comma una tipica condotta di corruzione attiva (l'amministratore, il dirigente o il liquidatore della società assoggettata a revisione contabile che corrispondono il compenso non dovuto)¹⁰⁸.

Si esaurisce così la ricognizione delle fattispecie minori di corruzione tra privati. Si noti quindi come, nonostante la tradizionale inesistenza di una fattispecie volta ad incriminare in termini generali la corruzione tra soggetti privi di qualifiche pubblicistiche, non sono mai mancate nell'ordinamento italiano figure di reato che con il fenomeno della corruzione tra privati hanno a che vedere in maniera parziale e indiretta. Ciò significa che in Italia, ancor prima degli obblighi europei e sovranazionali, si avvertiva già la necessità di incriminare tali condotte in alcuni settori privati.

2.1.5 *Introduzione della fattispecie: dal progetto Mirone al D. Lgs. 38/2017*

Ciò che stupisce della fattispecie di corruzione tra privati nell'ordinamento italiano è che, nell'arco di soli quindici anni, la norma ha subito tre netti interventi di modifica e, è da puntualizzare, non sono molte le fattispecie penali dell'economia ad aver subito tanti cambiamenti in così poco tempo¹⁰⁹. Uno dei motivi per cui la norma è stata soggetta a così tante modifiche va ricondotto al fatto che si tratta di un'ipotesi criminosa di matrice prevalentemente comunitaria e internazionale: l'adeguamento di un'intera ipotesi criminosa a dettati normativi provenienti da fonti sovranazionali o internazionali può essere spesso travagliato.

L'introduzione della fattispecie nell'ordinamento italiano è quindi avvenuta in un contesto di recepimento delle norme europee e internazionali¹¹⁰ e ne verrà ora descritto il percorso normativo.

Il primo sforzo volto ad inserire nell'ordinamento italiano un'ipotesi di corruzione tra privati è avvenuta con il Progetto Mirone: già agli inizi degli anni 90' del secolo scorso, si era cominciato a parlare di una riforma del diritto societario sfociata poi nell'approvazione, da parte del Consiglio dei Ministri il 26

¹⁰⁸SANTORIELLO C., *Le fattispecie penali commesse nell'ambito dell'attività di revisione contabile*, in SANTORIELLO C. (a cura di) *La disciplina penale dell'economia, società, fallimento, finanza, I*, Giappichelli, p. 630.

¹⁰⁹ROSSI 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*, fasc. 6, 2017, p. 751

¹¹⁰Come già ricordato, però, la dottrina italiana, già negli anni 70', si era espressa in ordine alla necessità di introdurre ipotesi di incriminazione della corruzione nel settore privato; per esempio, in un saggio del 1971, Marinucci e Romano, nell'esaminare l'opportunità di introdurre nuovi modelli di incriminazione nei confronti degli amministratori delle società commerciali, prospettarono l'idea di un "auspicabile avvicinamento della figura dell'amministratore di società di capitali agli operatori delle amministrazioni pubbliche" che avrebbe potuto ottenere come esito quello della "formulazione di incriminazioni che si avvicinano a quelle della corruzione, previste dal codice penale", vedi il MARINUCCI G.- ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in NUVOLONE P., *Il diritto penale delle società commerciali*, Giuffrè, 1971, p.93 ss.

maggio del 2000, della bozza-Mirone (dal nome del sottosegretario all'economia) e presentata alle Camere il 20 giugno del 2000. Il progetto, in materia penale, prevedeva una riforma dei reati societari¹¹¹. Tra questi era ricompresa un'ipotesi incriminante la corruzione tra privati consistente nel fatto degli *"amministratori, direttori, generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva pericolo di nocumento per la società; prevedere la pena della reclusione; estendere la punibilità a chi dà o promette l'utilità"* (art. 10, lett. a, n. 13). La norma, limitata al solo ambito societario, era evidentemente ispirata alla protezione del patrimonio sociale e si presentava quindi come inadeguata a soddisfare i requisiti richiesti dagli strumenti internazionali: l'Azione comune 98/742/GAI richiedeva infatti una norma orientata nel senso di prevenire una *"distorsione della concorrenza come minimo nell'ambito del mercato comune e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto"*. Il progetto non era coerente con gli obblighi internazionali, tuttavia era dotato di una sua intrinseca razionalità per il fatto che si presentava come *"un avamposto della fattispecie dell'infedeltà patrimoniale"*¹¹²: infatti, la fattispecie era strutturata come reato di pericolo rispetto al patrimonio sociale (mentre il reato di infedeltà patrimoniale è costruito come reato di danno) e tale anticipazione di tutela appariva coerente in ragione della maggior gravità della situazione di partenza (la dazione o promessa di utilità che costituisce corruzione)¹¹³. In ogni caso, con la fine della XIII Legislatura il Progetto Mirone naufragò.

Seguì il D.Lgs. 61/2002: con questo, nell'ambito di una generale riforma del Titolo XI del Libro V del codice civile, si introdusse per la prima volta il reato di corruzione tra privati, rubricato *"Infedeltà a seguito di promessa di denaro o altra utilità"*. Anche questa norma era evidentemente non allineata con gli obiettivi europei e internazionali: l'art. 2635 del codice civile tutelava infatti il patrimonio sociale e non aveva nulla a che vedere con la prevenzione della distorsione della concorrenza. Peccava, inoltre, di razionalità rispetto alla fattispecie proposta dal Progetto Mirone: nella formulazione del 2002 la corruzione privata si presentava, infatti, come un reato di danno (*"cagionando nocumento alla società"*) generando in questo modo una grande confusione con il reato di *Infedeltà patrimoniale*.

In questo periodo, come già ricordato nel precedente capitolo, nasceva con la Convenzione penale del Consiglio d'Europa (1999) il GRECO (*Gruppo di Stati contro la corruzione*), cui era demandato il compito di verificare l'attuazione della Convenzione ad opera delle parti¹¹⁴: il GRECO avvia un primo ciclo di valutazioni nel 2000, un secondo ciclo nel 2003 e un terzo nel 2007. In questo ultimo ciclo viene valutata anche l'Italia¹¹⁵. Il Rapporto Greco del 2009 (adottato

¹¹¹ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, 2008, p. 99

¹¹²COSÌ, FOFANI L., *Le infedeltà* in ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società*, IPSOA, 2002, p.367

¹¹³ZANNOTTI R., *La corruzione privata*, cit., p. 550

¹¹⁴Nel caso della corruzione privata s'intende il rispetto degli artt. 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione

¹¹⁵L'Italia aveva aderito al GRECO il 30 giugno del 2007

nella 43esima Adunanza Plenaria tra il 29 giugno e 2 luglio 2009) evidenziava come in Italia il problema della corruzione sia grave ed esteso ad ogni settore, anche quello privato¹¹⁶. Ancora più specifica, la seconda valutazione del GRECO (adottata nella 54esima Adunanza Plenaria tra il 22 e 23 marzo 2012) sul caso italiano critica il mancato adeguamento della norma italiana sulla corruzione privata agli artt. 7 e 8 della Convenzione, in particolare il paragrafo 109 del Rapporto afferma che l'art. 2635 presenta lacune rispetto a quanto richiesto dalla Convenzione, concernenti il ristretto novero dei soggetti attivi, l'omessa previsione che il beneficiario della tangente possa essere un terzo e che il reato sia realizzabile mediante intermediari e la mancata incriminazione dell'offerta e della sollecitazione; vengono poi contestati il requisito del danno per la persona giuridica e la perseguibilità a querela¹¹⁷.

In seguito a queste censure e, dopo l'emanazione della Decisione Quadro 2003/568/GAI, la Legge 190/2012 provvedeva a riformulare l'art. 2635: si trattava però di una riforma sostanzialmente elusiva delle raccomandazioni trasmesse all'Italia¹¹⁸. Seguirono infatti altre censure da parte delle istituzioni internazionali. La Commissione europea nell'"Allegato sull'Italia della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione sulla lotta alla corruzione" del 2014 afferma che "l'Italia non ha ancora recepito pienamente la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato. La corruzione tra privati non è disciplinata dal codice penale ma da disposizioni di diritto penale previste dal codice civile. La legge anticorruzione n. 190/2012 modifica queste disposizioni, dando una nuova definizione di corruzione tra privati e prevedendo nuove sanzioni, ma non affronta tutte le carenze connesse alla portata del reato di corruzione nel settore privato e al regime sanzionatorio¹¹⁹". Anche il GRECO nel Rapporto del 2014 (adottato nella

¹¹⁶Testualmente, "in Italy, corruption is deeply rooted in different areas of public administration, in civil society, as well as in the private sector: the payment of bribes appears to be common practice to obtain licenses and permits, public contracts, financial deals, to facilitate the passing of University exams, to practice medicine, to conclude agreements in the soccer world ect." In GRECO Eval I/II 2008 consultabile su <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016806c692a>

¹¹⁷Testualmente, "Acts of bribery in the private sector are dealt with in Article 2635 of the Civil Code. The GET has numerous misgivings as regards the conformity of this provision – which is construed in Italian legislation as a form of breach of trust – with the standards of the Convention. At the start, and on a conceptual note, it emerged from the discussions held on-site, as well as the statistics available, that no experience had been gathered concerning the application of Article 2635 of the Civil Code. No conviction for this offence has ever occurred. Moreover, the GET noted, when discussing bribery in the private sector and connected issues during the on-site visit, that most interlocutors shared the opinion that corruption in private business was of less importance for society at large than public sector corruption." In GRECO Eval II 2011 consultabile su <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-2>

¹¹⁸S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati* in dir. pen. proc., fasc. 6, 2017, p.714

¹¹⁹Allegato sull'Italia della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione sulla lotta alla corruzione. Bruxelles, 3.2.2014 COM (2014) 38 final, consultabile sul sito della Commissione europea https://europa.eu/european-union/index_it. In particolare l'Allegato afferma che le principali difficoltà della norma concernono il fatto che "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. Il regime sanzionatorio applicabile alle persone

64esima Adunanza Plenaria tra il 16 e il 20 giugno 2014) critica la nuova norma italiana: nel paragrafo 23, dopo aver preso atto delle modifiche apportate all'art. 2635, si osserva che gli elementi della fattispecie sono ancora lontani dall'essere conformi agli art. 7-8 della Convenzione e, in particolare le critiche concernono l'omessa previsione dell'esecuzione del reato per interposta persona, il requisito del danno per la società e la perseguibilità a querela¹²⁰.

Sulla base di questi rilievi, il 18 dicembre 2015 la Commissione europea avviava la procedura EU-Pilot¹²¹ n. 8175/15/HOME per omessa comunicazione delle misure nazionali di recepimento della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione privata. Secondo la Commissione l'assenza di qualsiasi comunicazione in riferimento alla citata decisione quadro costituisce un mancato recepimento totale. La Commissione invitava le autorità italiane a rispondere alla richiesta EU-Pilot entro quattro settimane, e a comunicare le misure nazionali di recepimento, aggiungendo che, in caso di assenza di una risposta soddisfacente e di una comunicazione di un completo recepimento, potrà decidere di avviare una procedura di infrazione a norma dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Nel marzo 2016 giungeva la risposta italiana, che riconosceva la non piena conformità della normativa interna rispetto alla Decisione Quadro e, per evitare la procedura di infrazione, adottava la Legge di delegazione europea del 12 agosto 2016, n. 170, la quale all'art. 19, comma 1, lett. b) delegava il Governo per l'attuazione della Decisione Quadro. Così, infine, con il D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38, *Attuazione della Decisione Quadro 2003/568/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, vigente dal 14 aprile 2017 si è giunti all'attuale normazione¹²².

Con il D.Lgs. 38/2017 la corruzione tra privati in Italia ha subito rilevanti modifiche: è cambiata la struttura del fatto, è stato introdotto un nuovo art. 2635-bis c.c. recante il reato di "istigazione alla corruzione tra privati" e altre modifiche hanno interessato l'ambito applicativo, i soggetti attivi, le sanzioni accessorie e il trattamento sanzionatorio nel caso di condanna della persona giuridica per il reato-presupposto di cui all'art. 2635, comma 3 c.c. Tutte queste novità verranno

giuridiche non sembra essere sufficientemente dissuasivo. Le attuali disposizioni sulla corruzione tra privati sono quindi troppo limitate e restringono il campo di applicazione alle categorie di dirigenti del settore privato cui il reato è imputabile. I procedimenti sono peraltro su querela della persona offesa e non ex officio, salvo se deriva una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi"

¹²⁰Testualmente, "For example, the "offering" and "request" of a bribe are not explicitly covered (and criminalising an offer as attempt to bribery is not sufficient in this respect), there is no reference to the indirect commission of the offence; however, it would appear that general rules on participation would apply" in GRECO RC-III (2014) 9E, consultabile su <https://www.coe.int/en/web/greco>

¹²¹Il sistema EU Pilot, lanciato nel 2008 dalla Comunicazione della Commissione "Un'Europa dei risultati – Applicazione del diritto comunitario" (COM (2007)502), è un meccanismo istituito tra Commissione europea e Stati membri per lo scambio di informazioni e la risoluzione di problemi in tema di applicazione del diritto dell'Unione europea o di conformità della legislazione nazionale alla normativa UE, concepito per la fase antecedente all'apertura formale della procedura di infrazione ex art. 258 TFUE. La Commissione utilizza l'EU Pilot per comunicare con gli Stati membri su questioni di conformità della legislazione nazionale al diritto dell'UE o di corretta applicazione del diritto dell'UE

¹²² Rossi A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p. 752

analizzate nel prossimo capitolo. Ciò che ci si può cominciare a domandare in questa sede è se la nuova norma sia riuscita a soddisfare le istanze sovranazionali e, si può anticipare già ora, la risposta è negativa.

2.1.6 *Analisi strutturale della fattispecie “Infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di denaro” (art. 2635 c.c.)*

Prima di analizzare la corruzione tra privati così come riformata dalla novella del 2017, può essere utile considerare la norma nella sua prima formulazione del 2002 e dopo la Legge del 2012.

La fattispecie di “Infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di denaro” (art. 2635 c.c.) prevedeva che *“gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette utilità. La pena è raddoppiata 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 maniera rilevante ai sensi dell’art. 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Si procede a querela della persona offesa.”*

Non ci sono mai stati dubbi sull’ambito di tutela di tale incriminazione, nella quale il nocumento per la società e la procedibilità a querela enfatizzavano il profilo patrimoniale dell’offesa. L’art. 2635 c.c. era infatti posto a tutela esclusiva del patrimonio della società¹²³. Questo si evinceva anche dalla Relazione al D.Lgs. 61/2001 in cui si affermava che *“conformemente alla legge delega si orienta la tutela in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che a salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli amministratori, trasformando la fattispecie da reato di pericolo a reato di danno e subordinando la procedibilità alla presentazione della querela”*¹²⁴. Era evidente che le istanze europee e internazionali non erano state rispettate, ma una certa parte della dottrina osservò che *“se da una parte la nuova fattispecie determina qualche carenza di tutela, dall’altra, limitando l’intervento penale alla protezione del patrimonio sociale, riesce ad evitare pericolose cadute del livello di determinatezza che, verosimilmente, non si sarebbero potute impedire se si fosse dilatata la fattispecie sul pian del pericolo per i bene giuridici immateriali, come la libertà o l’efficienza del mercato”*¹²⁵. Da queste parole si evince come, al tempo, il bene

¹²³E.MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, p. 238

¹²⁴Relazione pubblicata in G.U. 15 aprile 2002 n. 88, in attuazione della delega ex art. 11 legge 3 ottobre 2001, n. 366.

¹²⁵A. CARMONA, *Una breve analisi della fattispecie di “corruzione privata”*, Relazione tenuta al Convegno sulla “corrupción en el sector priavado”, Cracovia 10-13 luglio 2003

giuridico “concorrenza” venisse considerato immateriale, sfuggente e come tale non passibile di rappresentare l’ambito di tutela di una norma.

Per quanto riguarda i soggetti attivi, la norma li identificava a seconda del ruolo rivestito nel contesto della struttura societaria o delle funzioni svolte al servizio di essa. Si trattava di un reato proprio, dal momento che un terzo extraneus alla società, il quale voglia ottenere un trattamento di favore nell’operare con una determinata società commerciale, non potrà rivolgersi a qualsivoglia soggetto, ma dovrà necessariamente interagire con colui il quale, all’interno dell’ente, eserciti un qualche potere. Il legislatore, però, a partire dal 2002 sino al 2010, ha operato, selettivamente, circoscrivendo la sfera dei soggetti agenti a quelli che ricoprono le posizioni apicali dell’ente societario e a quelli che esercitano le funzioni di controllo¹²⁶.

Relativamente alla condotta è sufficiente ricordare che la fattispecie era quella di un reato plurisoggettivo, caratterizzato da due condotte speculari: quella dell’intraneus, soggetto qualificato, che percepisce l’utilità o ne riceve la promessa e, a seguito e a causa di ciò, pone in essere (od omette) un atto contrastante con i doveri del suo ufficio, provocando un nocumento alla società; e quella dell’extraneus, soggetto non qualificato, che dà o promette.

Il regime di procedibilità era a querela della persona offesa: sulle difficoltà generate da tale elemento ci si soffermerà nel prossimo capitolo. In questa sede si può ricordare che la procedibilità a querela introduce una complicazione inutile e talvolta un ostacolo quasi insormontabile all’attivazione della tutela penale¹²⁷.

Si deve rilevare poi, come il delitto in esame fosse stato escluso dalla categoria dei reati societari per i quali è possibile la responsabilità degli enti collettivi ai sensi del d.lgs. 231/2001, nonostante le richieste europee di prevedere una tale responsabilità¹²⁸. La Legge 190/2012 introdurrà invece questa previsione.

Il legislatore nel 2002 aveva quindi optato per una fattispecie di corruzione tra privati a tutela del patrimonio sociale, rendendo in questo modo problematica la relazione con l’altra figura di infedeltà patrimoniale prevista dall’art. 2634 c.c.¹²⁹. Si pensò, infatti, che il legislatore italiano, con l’art. 2635 c.c., avesse

¹²⁶C. SANTORIELLO, *La disciplina penale dell’economia*, cit., p.190

¹²⁷A.MARTINI, *Commento all’art. 2635 c.c.- Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 521.

¹²⁸L’Azione Comune del 1998 prevedeva, al suo art. 5, che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie “affinchè le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della corruzione attiva, ai sensi dell’articolo 3, commessa a loro beneficio da qualsiasi persona, che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, la quale occupi una posizione dirigente in seno alla persona giuridica, basata: sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o sull’autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o sull’esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica, nonché della complicità o dell’istigazione a commettere tale illecito”.

¹²⁹Art. 2634 c.c.: “Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo.

voluto prendere di mira la repressione di un'infedeltà aggravata dalla corruzione, più che una corruzione in quanto tale; questo può essere dedotto anche dal *nomen juris* prescelto di “*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*”. È chiaro che tutto ciò si rifletteva sui rapporti con la figura di infedeltà patrimoniale *tout court*.

Uno spazio di autonomia applicativa della fattispecie di corruzione privata era individuabile nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso dai sindaci e dai revisori. Infatti, laddove (ossia nel caso di “infedeltà patrimoniale”) la condotta consiste nel compimento di un atto di disposizione dei beni sociali, è chiaro che il soggetto attivo potrà essere solo chi sia dotato dei poteri di diretta gestione dei beni stessi (amministratori, direttori generali e liquidatori). Un altro margine di autonomia applicativa della corruzione era identificabile nella forma omissiva, espressamente tipizzata solo nell'art. 2635 c.c.¹³⁰.

Era anche agevole distinguere le due disposizioni in commento sotto il profilo soggettivo. L'infedeltà patrimoniale prevedeva infatti il perseguimento, in capo all'agente, della finalità di “procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o un altro vantaggio” ed è connotata dall'avverbio “intenzionalmente”, richiedendo così il grado intenzionale del dolo. Mentre, la corruzione privata operava in presenza di situazioni psicologiche meno pregnanti, ammettendo che essa potesse sussistere anche solo nella forma dell'accettazione del rischio (dolo eventuale).

Mentre questi profili di diversità appaiono abbastanza sicuri, altri profili sono recuperabili solo a costo di accentuare e addentrarsi in talune differenze del linguaggio normativo adoperato: si richiede infatti la causazione di un “danno patrimoniale” nel caso di infedeltà patrimoniale, mentre l'art. 2635 alludeva ad un più generico “nocumento alla società” nel quale era corretto ricomprendere un più ampio spettro di perdite, purchè suscettibili di valutazione economica. Ma, nonostante questa differenziazione, restavano in ogni caso piani di possibile interferenza tra le due fattispecie di infedeltà, esistendo una larga area di coincidenza dei comportamenti incriminati in tutti quei casi in cui il danno al patrimonio della società venga procurato attraverso atti di disposizione dei beni sociali posti in essere in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio.

In questa prospettiva inoltre, appariva ingiustificata la parità sanzionatoria: a parità di nocumento cagionato alla società, la corruzione privata dovrebbe rivestire un disvalore ben più grave, se considerato nella prospettiva di un fatto di infedeltà (prospettiva a cui ha evidentemente aderito il legislatore del 2002)¹³¹.

Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.”

¹³⁰“L'art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale) e l'art. 2635 c.c. (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità) disegnano due fattispecie astratte sensibilmente differenti, richiedendosi l'adozione di atti dispositivi di beni sociali solo nella prima, mentre nella seconda possono assumere rilievo anche condotte di mera omissione di atti dovuti: diversi sono i potenziali soggetti attivi, limitati per l' infedeltà patrimoniale solo a coloro che abbiano poteri di gestione diretta dei beni della società, mentre per quanto disposto dall'art. 2635 i soggetti attivi si estendono fino a comprendere sindaci, responsabili della revisione e dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari.” Vedi *Cassazione penale sez. V 13 novembre 2012 n. 14765*.

¹³¹L. ZOLI, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. Tra vecchia e nuova formulazione della “corruzione tra privati”*, in *dir. pen. cont.*, 2014, pp. 4-5; E.Musco, *I nuovi reati societari*, cit., p.

Ora, dopo il D.Lgs. 38/2017, che ha costruito la fattispecie intorno alla stipula di un accordo corruttivo finalizzato al compimento o alla omissione di un atto *“in violazione dei obblighi inerenti l’ufficio o degli obblighi di fedeltà”*, eliminando il *“nocumento alla società”*, si possono considerare rimosse le difficoltà di relazione tra le due norme¹³².

2.1.7 La riforma della Legge 190/2012 e analisi del riformato art. 2635 c.c.

La Legge 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale 13 novembre 2012, n. 263. Tale intervento normativo, volto a rafforzare l'efficacia e l'effettività delle misure di contrasto al fenomeno corruttivo, teneva conto, sul piano internazionale, delle indicazioni fornite da taluni strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione già ratificati dal nostro Paese (Convenzione Onu di Merida e la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo) e degli *standard* internazionali di contrasto ai fenomeni corruttivi. Mentre, sul piano interno, si avvertiva da tempo l'esigenza di una rivisitazione dei delitti di corruzione nell'ottica di una migliore definizione di questi, esigenza che si era manifestata all'indomani della stagione di Mani Pulite. Inoltre, sempre sul piano interno, si affiancava la consapevolezza che anche gli ambiti di tutela dei delitti di corruzione stavano cambiando e non potevano più essere circoscritti al solo buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, ma potevano anche riguardare, ad esempio, la concorrenza. Ci si rendeva conto, così, che esiste un nesso tra corruzione e crescita economica¹³³.

Questa riforma ha inciso anche sulla *“corruzione tra privati”*. Così, con la novella del 2012, viene modificato il *nomen juris*, che verrà identificato con l'espressa denominazione di *“Corruzione tra privati”* e la norma viene riscritta in questo senso: *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e secondo comma è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri stati dell’Unione europea o diffusi tra il pubblico in*

¹³²E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati*, cit., p. 4

¹³³P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione* in dir. pen. proc., Fasc.1, 2013, p.7-8

misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 58/1998 e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o di servizi".

I punti di innovazione rispetto alla previgente "Infedeltà patrimoniale a seguito dazione o promessa di denaro" erano molti e può essere utile individuarli con precisione: veniva introdotta una clausola di sussidiarietà espressa ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato...") volta ad impedire il concorso reale con le fattispecie di corruzione pubblica. Veniva modificata la cerchia dei soggetti attivi, dalla quale vengono esclusi i "responsabili della revisione". Veniva parzialmente corretta la descrizione della condotta tipica estendendo il compito di atti od omissioni posti in essere dal soggetto attivo del reato anche all'ipotesi di "violazione degli obblighi di fedeltà", orientando forse la norma verso un modello tutela di tipo "lealistico-fiduciario". Tuttavia, in merito a questo punto, rimasto inalterato anche dopo la riforma del 2017, si possono muovere molte critiche: il requisito "dovere di fedeltà" pare eccessivamente generico nell'ambito di una norma penale, dal momento che sono troppo vari i comportamenti che possono apparire infedeli nel contesto della vita degli affari. La matrice di tali obblighi può essere infatti solo l'etica degli affari con conseguenti rischi di indeterminatezza¹³⁴. Si trattava, inoltre, di un requisito del quale non si avvertiva l'utilità, dal momento che poteva considerarsi in contrasto con tale "obbligo di fedeltà" il fatto stesso di aver ricevuto o accettato la promessa di denaro o altra utilità da parte del soggetto esterno alla società per compiere un atto cagionante un nocumento alla società¹³⁵.

Un'altra modifica, sempre sul piano della descrizione oggettiva della fattispecie, consisteva nell'aggiunta alla formula "altra utilità" della nozione di "denaro", specificando che tale dazione o promessa rilevano solo se ricevute "per sé" che "per altri". Veniva poi introdotta una fattispecie meno grave, nel caso che il fatto sia "commesso da chi è sottoposto alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti" attivi della fattispecie. Per le fattispecie di "corruzione attiva", fissate al comma 3 dell'art. 2635 c.c., veniva estesa la possibilità, in precedenza non prevista, di una responsabilità diretta dell'ente.

Infine, una delle modifiche più significative della fattispecie, nell'ottica dell'adeguamento alle fonti sovranazionali, fu l'introduzione della deroga alla precedente procedibilità a querela, nel caso in cui "dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi". Tuttavia, questa soluzione si presentava diversa da come era stata progettata negli obblighi sovranazionali e, in quanto non coerente con quanto richiesto, diventava anche fonte di incertezze. La soluzione accolta dal legislatore del 2012 - e rimasta tale dopo il D.Lgs. 38/2017 - non viene fatta valere sul piano della punibilità, ma solo su quello della mera procedibilità. Il problema sarà quello del come e quando accertare e provare l'evento di "distorsione della concorrenza": il principio costituzionale della necessaria determinatezza è infatti molto più vincolante sul

¹³⁴In questo senso, V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in Riv. trim. dir. pen. econ., fasc. 4, 2012, p. 922

¹³⁵In questo senso, A. MELCHIONDA, *Art. 2635 ("corruzione tra privati")*, in Giur. it., fasc. 12, 2012, p. 2701

piano del regime di procedibilità, in quanto diretta espressione del principio di “obbligatorietà” dell’azione penale dell’art. 112 Cost.¹³⁶.

Sul piano della procedibilità, quindi, la precisione deve essere assoluta e la scelta del legislatore italiano - di limitare la lesione della concorrenza al solo piano della procedibilità, senza riferirla alla punibilità – non consentiva, e non consente, tale precisione.

La riforma del 2012, con le sue innovazioni, ha creato molte “ombre” e poche “luci” nell’ambito della corruzione tra privati. Inoltre, la disciplina italiana continuava ad essere molto lontana dai modelli di incriminazione indicati dagli organismi comunitari e internazionali.

Nel prossimo capitolo si vedranno le ultime modifiche apportate dal D.Lgs. 38/2017 e, dopo un’analisi completa della nuova disciplina, si cercherà di capire se il legislatore italiano si sia diretto verso una repressione della corruzione tra privati coerente con gli obblighi sovranazionali.

¹³⁶ A. MELCHIONDA, *Art. 2635 (“corruzione tra privati”)*, cit., p. 2702

IL D.LGS. 38/2017: L'ENNESIMA OCCASIONE PERDUTA

2.2.1 Premessa

Si è ricordato come la norma in esame è stata oggetto di svariate modifiche nel corso di 15 anni: le più importanti quelle della L.190/2012 e il D.Lgs. 38/2017, ma non si dimentichino anche altre piccole modifiche avvenute con l'art. 39, L. 28 dicembre 2005, n. 262¹³⁷ e con l'art. 37, comma 36, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39¹³⁸ e con l'inserimento della corruzione dei revisori legali prevista dall'art. 28 del D.Lgs. 39/2010, eliminata solo due anni dopo con la Legge del 2012.

Dalla prima analisi svolta nelle pagine precedenti, si sono viste le difficoltà che circondano l'incriminazione della corruzione tra privati, dall'individuazione del bene giuridico al problematico adempimento degli obblighi internazionali. Tale incriminazione nasce quindi circondata da difficoltà e si vedrà, nelle pagine seguenti, se l'ultima modifica del 2017 è riuscita a risolvere i nodi irrisolti lasciati dalle precedenti riforme o se ancora nulla è cambiato.

In particolare, dall'ultima riforma emergeva l'estraneità alla fattispecie penale tipizzata con il *nomen iuris* di corruzione tra privati : (i) dei soggetti apicali con funzioni di amministrazione e controllo (o sottoposti alla loro direzione o vigilanza) di enti collettivi privati diversi dalle società commerciali; (ii) di coloro che svolgevano attività lavorativa con esercizio di funzioni direttive (non apicali) presso società commerciali, al di fuori di contributi concorsuali nella veste di *extranei*; (iii) degli intermediari dei soggetti apicali quali soggetti intranei, fatta salva la possibilità di riconnettere ai primi contributi concorsuali quali *extranei*; (iv) dell'offerta (sul versante della corruzione attiva) e della sollecitazione (sul versante della corruzione passiva) di un indebito vantaggio, se non in quanto poi accolte e dunque elementi dell'accordo corruttivo (rivelato dalla promessa o dazione di denaro o altra utilità) concretamente eseguito; (vi) delle violazioni degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà degli apicali nelle funzioni di amministrazione e controllo che non avevano cagionato nocumento alla società; (ivi) dell'istigazione alla corruzione tra privati, sia dal lato attivo (qualora l'offerta

¹³⁷Art. 39: "Aumento delle sanzioni penali e amministrative - [...] Al codice civile sono apportate le seguenti modificazioni: [...] all'articolo 2635, dopo il secondo comma è inserito il seguente: "La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58".

¹³⁸Art. 37, comma 36: "All'articolo 2635, primo comma, del codice civile, le parole: «, i liquidatori e i responsabili della revisione» sono sostituite dalle seguenti: «e i liquidatori» "

o la promessa all'*intra*neo non sia da questi accettata), che dal lato passivo (qualora la sollecitazione dell'*intra*neo non sia accolta)¹³⁹.

La riforma operata dal D.Lgs. 38/2017 è per certo la più radicale tra quelle viste finora: si tratta di un intervento novativo che mette in moto un vero e proprio *“micro-sistema penale in sé compiuto nell’ambito della legislazione civilistica, con il fine di contrastare i fenomeni di corruzione nelle relazioni economiche tra i soggetti privati, incidendo sulle condotte penalmente rilevanti, corruzione, mediazione, istigazione alla corruzione, mentre sul versante sanzionatorio stabilisce nuove pene detentive, nuove pene patrimoniali e nuove sanzioni accessorie”*¹⁴⁰.

Il legislatore, nel 2017, ha quindi tentato un più decisivo cambiamento della corruzione privata creando, appunto, un *“micro-sistema penale”*. La norma è stata riscritta in questo senso: *“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 in 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 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.*

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, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell’Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell’articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

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

Fermo quanto previsto dall’articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte”.

Le modifiche verranno analizzate nelle pagine seguenti. Si noti, intanto, come con tale novella legislativa, ancora una volta, il gius-penalista italiano è chiamato a confrontarsi con un fenomeno economico e sociale, quello corruttivo, che è sempre sfuggito a cifre identificative, soprattutto per il modestissimo numero di episodi (tra il 2013 e 2014 si contano solo venti casi che hanno superato la fase delle indagini preliminari), rendendone in tal modo quasi

¹³⁹F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, Il Quotidiano Giuridico, 2017

¹⁴⁰COŠI, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati- adeguamenti eurounitari e riflessi del passato*, in *Ind. pen.*, fasc. 1, 2018, p.p. 93-94

impossibile un'indagine appropriata e mettendo in dubbio la validità di una sua incriminazione, che per molti è stata considerata simbolica e figurativa¹⁴¹.

2.2.2 La nuova rubrica del Titolo XI, Libro V c.c.

Una delle modifiche più significative concerne il nuovo perimetro operativo degli enti collettivi nel cui contesto sono realizzabili le ipotesi di corruzione tra privati passiva e istigazione alla corruzione tra privati passiva. Si fa riferimento, quindi, all'allargamento dei destinatari della norma: non più soltanto le società commerciali¹⁴², ma qualsiasi ente del settore privato (testualmente, "*entità del settore privato*"). Tale estensione applicativa ha determinato la modifica del Titolo XI, libro V del codice civile, oggi intitolato "*Disposizioni penali in materia di società, consorzi e di altri enti privati*" (prima della riforma era invece denominato solo "*Disposizioni penali in materia di società, consorzi*").

Questa novità è anche espressione di un adeguamento della norma italiana alle indicazioni sovranazionali: le "*entità del settore privato*" dovrebbero infatti corrispondere alle "*attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro*" dell'art. 2 della Decisione Quadro 2003/568/GAI.

Innanzitutto, è necessario individuare il preciso significato da accordare all'espressione "*entità del settore privato*". Nella Relazione Illustrativa e nella Relazione tecnica allo Schema del Decreto Legislativo n. 365 del dicembre 2016¹⁴³, in relazione agli "*enti privati*" sono state considerate nella *Tabella di concordanza* in riferimento alla Decisione quadro le nozioni di "*persona giuridica*" ("*qualsiasi ente così definito a norma del diritto nazionale applicabile*") ed in riferimento alla Legislazione nazionale vengono richiamati gli artt. 11 c.c., relativo alle persone giuridiche pubbliche, 12 c.c. relativo alle persone giuridiche private, e 13 c.c. relativo alla regolamentazione delle società. Se con la *Tabella di concordanza* non si giunge ancora a una definizione chiara dell'espressione, un aiuto può venire dalla Relazione illustrativa allo schema, nella quale si legge che

¹⁴¹ Al riguardo è utile segnalare l'intervento del Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione, il quale, nella Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, tenuta a Roma il 26 gennaio 2017, precisa: "È fortemente avvertita nel Paese la percezione di una diffusa corruzione sia nella Pubblica Amministrazione che tra i privati. Essa non trova tuttavia riscontro nelle rilevazioni delle statistiche giudiziarie.

Il dato statistico nazionale sia degli uffici di merito che presso questa Corte evidenzia, tuttavia, un numero eccessivamente esiguo di giudizi penali instaurati per siffatti gravi delitti [n. 273 procedimenti definiti nel 2016 in Cassazione, pari allo 0.5%].

Occorre, pertanto, un'approfondita riflessione sulla efficacia delle attuali misure, preventive e repressive, di contrasto del fenomeno, perchè ne sia consentita l'emersione nelle sue reali dimensioni anche nelle aule di giustizia."

¹⁴² Nell'ambito delle società commerciali venivano e vengono tuttora fatte rientrare le società cooperative, le società irregolari, le società di fatto, le società a partecipazione totalitaria pubblica, le società miste, a controllo o a partecipazione pubblica, gli enti pubblici economici che agiscano *iure privatorum* ed i consorzi ad attività esterna, Rossi A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p. 755

¹⁴³

“in attuazione della delega in ossequio alla nozione allargata di persona giuridica contenuta nella Decisione Quadro”, questa va intesa “come qualsiasi soggetto giuridico collettivo di natura privata” e, di conseguenza, le fattispecie incriminatrici fanno riferimento “all’appartenenza dell’intraneo a società o enti privati”. Società o enti privati costituiscono, quindi, l’ambito applicativo della norma, ma ci si può ancora chiedere: la locuzione evoca anche gli enti privati collettivi privi di personalità giuridica? Gli interpreti ne propongono una lettura “a tutta ampiezza”, che porti a ricomprendere, a livello generale, tutti gli enti privati collettivi, quali enti giuridici con soggettività giuridica, siano o meno dotati di personalità giuridica, registrati o non registrati, con finalità economiche o in difetto di tali finalità, a struttura associativo o a struttura istituzionale¹⁴⁴.

L’estensione della fattispecie agli enti privati non societari, rappresenta uno degli aggiornamenti improcrastinabili rispetto ai contenuti delle convenzioni internazionali e costituisce anche un cambiamento di primo rilievo, se si considera che da essa, come viene fatto notare dalla dottrina, deriva, per esempio, l’inclusione nello spazio di interesse delle fattispecie penali in esame degli enti *no profit*, delle fondazioni (si pensi a quelle bancarie o a quelle che gestiscono strutture ospedaliere private convenzionate con il sistema sanitario nazionale), dei partiti politici e dei sindacati¹⁴⁵.

L’estensione dell’ambito applicativo dell’art. 2635 c.c. si riflette anche sulla rubrica del Titolo XI del Libro V del codice civile, che si è trasformata in *Disposizioni penali in materia di società, consorzi e di altri enti privati*. In merito a questo cambiamento permangono dei dubbi: la corruzione tra privati e l’istigazione alla corruzione tra privati costituiscono infatti le uniche disposizioni del titolo stesso a poter essere applicate a tutti gli enti privati. Ciò potrebbe essere sintomo di un’inadeguatezza della *sedes materiae* prescelta: forse sarebbe stata più corretto collocare la fattispecie criminosa all’interno del codice penale, per esempio nella parte dedicata alla tutela dell’economia pubblica¹⁴⁶. Tuttavia, va ricordato da un lato, che la legge-delega era silente sul punto, motivo per cui, una diversa collocazione non era possibile e dall’altro, che la struttura della fattispecie e i suoi destinatari rimangono ancorati ai modelli di incriminazione propri del diritto societario.

Altra parte della dottrina dubita invece dell’adeguatezza della *sedes materiae* prescelta e della conseguente modifica della rubrica del Titolo XI del Libro V del codice civile. In primo luogo, si ricordi che la denominazione del titolo XI reclamava già da tempo l’accostamento alle disposizioni penali degli illeciti amministrativi¹⁴⁷: sotto questo aspetto, l’occasione è andata sprecata e la denominazione continua a risultare incongrua. In secondo luogo, le nozioni di

¹⁴⁴Rossi A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p. 755, la quale, a titolo esemplificativo, fa un elenco (in ogni caso non esaustivo) degli enti che possono rientrare nella nuova locuzione: le società semplici, i consorzi con attività, le associazioni riconosciute e quelle non riconosciute, le fondazioni, i comitati riconosciuti e non, gli enti no profit.

¹⁴⁵F. Di Vizio, *La riforma della corruzione tra privati*, cit.

¹⁴⁶A. Rugani, *Riforma della “corruzione tra privati” (D.lgs. n. 38/2017): l’ennesima occasione perduta* in Cass.Pen., Fasc. 12, 2017, p. 4654

¹⁴⁷Dal 1975 tra i reati societari comparvero le prime sanzioni amministrative in sostituzione dell’ammenda. È quindi dal 1975 che la denominazione del Titolo XI, Libro V c.c. appare inadeguata ai suoi contenuti.

società commerciali¹⁴⁸ e consorzi¹⁴⁹ sono sufficientemente chiare, mentre l'espressione "enti privati" risulta potenzialmente applicabile a un insieme troppo eterogeneo di soggetti, che ne può rendere complicata l'individuazione. In terzo luogo, la modifica in esame non convince perché, alla stregua degli atti internazionali e comunitari, si riferisce a una norma che può apparire estranea al Titolo XI, Libro V, c.c.: nel par. 54 del Rapporto Esplicativo della Convenzione del Consiglio d'Europa si afferma che "l'espressione *entità del settore privato* designa le società, le imprese, le fondazioni e le altre entità il cui capitale è detenuto interamente o in misura determinante da privati. Ovviamente, viene qui in rilievo un'ampia serie di entità e, in particolare, quelle che praticano attività commerciali." Può quindi trattarsi di società, ma anche di enti privi di personalità giuridica e, secondo alcuni, questo non sarebbe coerente con l'intero contenuto del titolo XI, limitato storicamente al solo ambito societario¹⁵⁰.

Nel corso dell'analisi di tutti gli elementi del reato, ci si renderà conto se queste ultime critiche sono fondate e se una collocazione della fattispecie nel codice penale possa essere sensata.

Da ultimo, è necessario rilevare un'altra problematica sorta con l'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie ad altre *entità del settore privato*: ci si riferisce al fatto che la corruzione tra privati e l'istigazione alla corruzione tra privati compaiono tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti da reato. Questo rende opportuna una connessione in punto di "enti" con quanto previsto, sul piano definitorio, dall'art. 1 del D.Lgs. n. 231 del 2001, il quale prevede che le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica e non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Si tratta di una norma molto consolidata a livello esegetico. In questo ambito rileva, quindi, l'impostazione di quanti considerano pacifica l'applicazione delle fattispecie in esame a chi opera anche in partiti politici, sindacati e enti privati previsti dalla Costituzione, che, come tali, manterranno invece l'esenzione dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato ex art. 1 D.Lgs 231/2001¹⁵¹.

¹⁴⁸Definizione individuabile facilmente nell'art 2195 c.c.: "Sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano: 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni; 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; 4) un'attività bancaria o assicurativa; 5) altre attività ausiliarie delle precedenti. Le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano."

¹⁴⁹Definizione individuabile nell'art. 2602 c.c.: "Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Il contratto di cui al precedente comma è regolato dalle norme seguenti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali."

¹⁵⁰Sono tutte critiche mosse da S.SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 716

¹⁵¹ROSSI A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p.757

2.2.3 I nuovi soggetti attivi

Con la novella del D.Lgs, 38/2017 la platea degli autori persone fisiche della fattispecie di corruzione tra privati si amplia. Innanzitutto, tra i soggetti attivi della corruzione privata passiva (i cosiddetti “soggetti corruttibili”), accanto ad *amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori*, si aggiunge *chi nell’ambito organizzativo della società o dell’ente esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti ora richiamati*.

Viene poi introdotta la possibilità che tanto le condotte di corruzione attiva, quanto le condotte di corruzione passiva siano realizzate “*anche per interposta persona*”.

Rimane poi ferma, al secondo comma, la possibilità che il fatto sia compiuto da “*chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza*” di uno dei soggetti amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, sindaci, liquidatori e di chi nell’ambito della società o dell’ente esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie degli apicali ora elencati.

L’art. 2635 c.c., terzo comma, identifica la figura del corruttore in qualsivoglia soggetto persona fisica, attraverso l’assunzione della formula “*chi offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti*”. La norma si viene così a qualificare *in parte qua* come reato comune, a soggettività allargata.

Si evidenzia, quindi, la classica struttura a concorso necessario di persone nel reato tra *extraneus* e *intraneus*, struttura che da sempre connota, nel sistema penale italiano, le fattispecie di corruzione, con punibilità parallela del corrotto e il corruttore.

Per quanto riguarda l’elencazione dei soggetti attivi di vertice (amministratori, sindaci... ecc.), il legislatore ha seguito la linea più classica, demandando all’operatività dell’art. 2639 c.c.¹⁵² le estensioni soggettive: circa i soggetti amministratori e sindaci vanno quindi ricordate le possibili estensioni soggettive in forza delle quali “*al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata*”, con la conseguente operatività dei disposti in relazione ai componenti degli organi gestori di controllo nelle forme di governo societario duale e monistico, “*sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*”, con la conseguente operatività dei disposti in relazione ai componenti degli organi gestori, a direttori generali ed ai liquidatori di fatto, i quali appunto

¹⁵²Art. 2639 c.c.: “Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall’autorità giudiziaria o dall’autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni alla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi.” Sul tema vedi Mario Ambrosetti, Enrico Mezzetti e Mauro Ronco, *Diritto penale dell’impresa*, Zanichelli, 2016

continuativamente e significativamente abbiano svolto funzionalmente l'attività di riferimento¹⁵³.

Conviene soffermarsi maggiormente sui nuovi soggetti corruttibili previsti dal primo comma della norma, vale a dire *chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti apicali*.

È necessario innanzitutto capire chi possano essere questi soggetti: pare corretto riferirsi a coloro che operano mediante l'esercizio di funzioni direttive non apicali e non "di direzione generale" (e neppure fattuali) posti in ruoli operativi più elevati rispetto a quanto indicato nel comma 2 dell'art. 2635. Si tratta quindi di figure impiegate direttive "non di prima fascia", diverse da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori, nonché estranee a dipendenti o collaboratori, direttamente o indirettamente sottoposti, in via legale o contrattuale, a poteri di direzione o vigilanza dei ricordati apicali¹⁵⁴.

Nella Relazione Illustrativa¹⁵⁵ che accompagna il provvedimento, tale ampliamento della platea dei soggetti attivi tipici viene presentato quale scelta coerente con la previsione dell'art. 2639 c.c. relativo alla estensione delle qualifiche al cd. "amministratore di fatto", motivo per cui alcuni autori auspicano che la futura considerazione di tale nuovo soggetto, allorquando nelle vesti di "soggetto di fatto", si giovi delle specificazioni previste dall'art. 2639 c.c. per una più ampia valutazione. A titolo esemplificativo, a tale figura si potrà fare riferimento nell'ipotesi di direttori di settore nominati (e così esclusi dai soggetti di cui al comma 2) o anche di fatto¹⁵⁶.

La modifica in esame assume rilevanza anche perché dovrebbe allineare l'art. 2635 c.c. all'art. 2 della Decisione quadro 2003/568/GAI: l'art. 2 della Decisione quadro prevede che la persona corrotta "*svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato*". "*Funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo*" significa funzioni anche non dirigenziali-direttive. A fronte della definizione comunitaria, emerge con evidenza un adeguamento della norma italiana non ancora completo. È chiaro come il legislatore italiano è rimasto ancorato alla realtà societaria: anche l'espressione "*chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti apicali*" sembra proiettata verso una dilatazione della figura del direttore

¹⁵³Rossi A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p.758

¹⁵⁴F. Di Vizio, *La riforma della corruzione tra privati*, cit.

¹⁵⁵Testualmente la Relazione Illustrativa: "In particolare, il primo comma relativo alla corruzione passiva, nella nuova formulazione, include tra gli autori del reato, oltre a coloro che rivestono posizioni apicali di amministrazione o di controllo, anche coloro che svolgono attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati, in coerenza con il principio generale in materia di reati societari, di cui all'articolo 2639 del codice civile, relativo all'estensione delle qualifiche soggettive al soggetto qualificato dalla giurisprudenza come "amministratore di fatto". In merito alla coerenza della nuova formulazione con il principio dell'art. 2639 c.c., F. Di Vizio, *La riforma della corruzione tra privati*, cit. si esprime così: "Sembra di poter dire che l'osservazione ministeriale sottovaluta la realtà della dilatazione operata, dovendosi ritenere che l'estensione all'amministratore di fatto della qualifica soggettiva fosse già acquisizione del sistema, in virtù della preesistente regola ex art. 2639 c.c., introdotta dal d.lgs. n. 61/2002 e meramente ricognitiva dell'orientamento che aveva esteso la categoria dei destinatari dei reati societari ai soggetti di fatto"

¹⁵⁶Rossi A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p.759

generale, mantenendosi comunque nell'ambito di una struttura organizzata in senso gerarchico e con ripartizione di ruoli tipici, definiti dal codice civile in riferimento alle società commerciali, allontanandosi quindi dalle prescrizioni sovranazionali. Sempre nell'ambito dell'adeguamento alla Decisione quadro, si noti che anche l'art. 2635, comma 2 non è sufficiente a integrare le *“funzioni lavorative di qualsiasi tipo”*: il requisito del rapporto di direzione o vigilanza esclude, per esempio, i professionisti esterni che operano per conto o nell'interesse di un'entità privata senza vincolo di subordinazione¹⁵⁷.

La dottrina¹⁵⁸ propone una ragionevole spiegazione di tale posizione – s'intende il limitare l'operatività della fattispecie prevalentemente alle categorie dirigenziali- del legislatore italiano: è evidente, spiega la dottrina, un punto di allineamento con la disciplina della corruzione pubblica. Gli artt. 318 e 319 c.p. concentrano la condotta unicamente sul pubblico ufficiale, vale a dire quell'unico soggetto che svolge funzioni di rappresentanza, coordina e gestisce le attività della Pubblica Amministrazione, per cui aver qualificato la corruzione tra privati soltanto sulle funzioni direttive vuol dire aver omologato la categoria dell'agente privato a quella della sfera pubblica per posizioni ufficialmente apicali all'interno della persona giuridica o ente privato. Si vedrà, nel capitolo seguente, che anche il §299 StGb, per quanto riguarda i soggetti attivi della norma, non è coerente con quanto predisposto dalla Decisione quadro.

In fine, l'introduzione della possibilità che, tanto le condotte di corruzione attiva, quanto le condotte di corruzione passiva siano realizzate *“anche per interposta persona”*, risulta essere l'adempimento più conforme alla Decisione quadro. Tuttavia, anche in merito a questo punto, può essere rilevata una critica: il codice penale italiano disciplina infatti l'ipotesi di concorso di persone nel reato¹⁵⁹, che avrebbe in ogni caso regolato l'ipotesi di responsabilità dell'interposto come concorrente *extraneus* al delitto. Tale specifica introduzione della corruzione tra privati per interposta persona può quindi apparire superflua alla luce della normativa nazionale¹⁶⁰.

2.2.4 Il fatto tipico: le modalità della condotta

Dopo la riforma del D.Lgs. n. 38 del 2017, le condotte integranti la corruzione tra privati risultano essere, sul versante passivo, la sollecitazione, la ricezione e l'accettazione della promessa di denaro o altra utilità e, sul versante attivo, l'offerta, la promessa e la dazione di denaro o altra utilità. Un modello di corruzione caratterizzato da tali condotte è espressione di un pieno adeguamento alle normative sancite nella Convenzione del Consiglio d'Europa e nella Decisione quadro. Nel novellato art. 2635 c.c. si rinviene una nozione di

¹⁵⁷S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 717

¹⁵⁸P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 105

¹⁵⁹Si fa riferimento all'art. 110 c.p.: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.”

¹⁶⁰P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 113

corruzione nettamente diversa da quella accolta negli artt. 318 ss. c.p. e caratterizzata *“dall’abbandono della costruzione bilaterale del reato, in favore di una sua declinazione in senso monosoggettivo”*¹⁶¹. Per comprendere il significato di questa affermazione, occorre compiere un passo indietro. Nella tradizione italiana, il reato di corruzione è inteso in senso bilaterale: il privato e il pubblico agente compiono condotte speculari, che si integrano reciprocamente in modo tale da non poter configurare l’una in assenza dell’altra. La bilateralità emerge così sul piano strutturale, dal momento che la consumazione si lega all’accordo delle parti, espresso dalla ricezione dell’utilità o dall’accettazione della relativa promessa¹⁶².

Il legislatore del 2017 adotta in questo modo un sistema casistico, basato sull’elencazione delle modalità comportamentali, scandite a livello temporale e differenziate in quanto a “iniziativa”. Crea un reato a duplice schema, che non può più dirsi incentrato sull’accordo corruttivo, che caratterizza invece le fattispecie di corruzione pubblica¹⁶³.

Sul tema può essere utile un’ultima puntualizzazione di carattere lessicale: molto dubbi possono sorgere in merito all’utilizzo dell’espressione *“sollecitare”*. L’Unione delle Camere Penali Italiane nelle osservazioni allo schema del Decreto, evidenzia la nebulosità del termine *“sollecitare”* e la conseguente difficoltà nel capire quando, nella pratica e sul piano probatorio, possa essere integrata una *“sollecitazione”*. Si sottolinea come *“il soggetto extraneus potrebbe infatti erroneamente pensare di essere stato “sollecitato” alla dazione di un “regalo” da parte di un amministratore della società, quando magari non era assolutamente così e tale prospettiva potrebbe avvenire solo nella mente del “sollecitato”, magari a causa dello stato di soggezione nel trovarsi di fronte a soggetto apicale di una società di particolare rilievo economico.”* La conseguenza è che la *“sollecitazione”* potrebbe dunque essere, a ben vedere, *“un elemento tipico di difficile riscontro probatorio, con il rischio di imboccare la scorciatoia degli “indici sintomatici” ove finisce per valutarsi più l’autore che il fatto”*¹⁶⁴.

Nonostante questo ultimo rilievo critico, il novellato art. 2635 c.c., per quanto riguarda la parte di condotta appena analizzata, appare perfettamente coerente con la disciplina europea internazionale.

Per quanto riguarda l’oggetto materiale della condotta, questo è costituito da *“denaro o altra utilità non dovuti”*. Viene menzionato anche il “denaro”, sebbene sia evidente che esso costituisce una specie rispetto al genere “utilità”. Per comprendere al meglio il significato di tali elementi, è sufficiente rifarsi alle

¹⁶¹S.SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 718

¹⁶²Per comprendere meglio il concetto di bilateralità, si riportano, a titolo esemplificativo, gli artt.

318 e 321 c.p., i quali prevedono rispettivamente che “Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.” e che “Le pene stabilite nel primo comma dell’articolo 318, nell’articolo 319, nell’articolo 319 bis, nell’articolo 319 ter e nell’articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all’incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità”

¹⁶³La struttura bilaterale della corruzione pubblica vale per l’Italia. All’estero, prevale una tipizzazione in senso monosoggettivo, come si vedrà nel codice penale tedesco.

¹⁶⁴In Osservazioni allo schema di Decreto Legislativo recante l’attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato (atto n. 365) dell’Unione delle Camere Penali Italiane

elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sull'analogo oggetto materiale della corruzione pubblica: quindi, qualsiasi vantaggio indebito materiale o morale, che abbia valore per il soggetto corrotto¹⁶⁵.

Anche nell'ambito dell'oggetto materiale della condotta, la dottrina¹⁶⁶ evidenzia una problematica: il denaro o l'altra utilità debbono essere "non dovuti". Tale precisazione è conforme alla normativa sovranazionale, ma se confrontata con le norme in materia di corruzione pubblica, diventa inutile. Infatti, nella disciplina italiana, la natura indebita della ricezione o accettazione della promessa, che secondo una consolidata interpretazione, sussiste quando il pubblico agente non abbia né il diritto né il dovere né la facoltà di accettare, risulta prescritta solo dall'art. 318 c.p. . Il requisito dell'indebito non compare invece nell'art. 319, essendo stato ritenuto superfluo per via della proiezione della dazione o promessa verso un atto contrario ai doveri di ufficio. Dal momento che anche l'art. 2635 riguarda solo atti da compiersi o da omettere in violazione degli obblighi di ufficio o fedeltà, l'aggettivo "indebito" accanto a "denaro o altra utilità" risulterebbe un'inutile precisazione.

Nell'ambito della corruzione privata, vengono infatti in rilievo solo le condotte poste in essere per compiere o per omettere un atto con "violazione degli obblighi di ufficio e degli obblighi di fedeltà". Per quanto riguarda gli obblighi di ufficio, il "delitto pare configurabile rispetto a ogni atto, vincolato o discrezionale, preparatorio o deliberativo, organizzativo o gestionale, contrario ai doveri sanciti da fonti primarie o secondarie, con la variabile della realizzazione nei diversi contesti dei differenti enti privati"¹⁶⁷. Al riguardo si richiama quanto stabilito nell'unica sentenza della Suprema Corte nota, Sez. V, n. 5848 del 2013, vale a dire che per "atto" si può intendere anche "anche un parere versato nell'istruttoria di una pratica di finanziamento o per l'apertura di una linea di credito, come pure l'espressione di voto manifestata ai fini di una delibera collegiale."

¹⁶⁵Sul tema si richiamano alcune sentenze della Cassazione: "L'offerta o la promessa di donativi di modesta entità (nella specie, la somma di 50 euro), quale manifestazione di gratitudine o di apprezzamento per l'attività già compiuta dal pubblico ufficiale in termini conformi ai doveri d'ufficio, non configura il delitto di istigazione alla corruzione impropria susseguente, ai sensi dell'art. 322, comma primo, cod. pen., in ragione della inoffensività della condotta dell'agente. (In motivazione, la Corte ha rilevato che con il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, adottato con il d. P.R. 16 aprile 2013, n. 62, lo stesso legislatore ha escluso la rilevanza penale dei donativi di modico valore, nell'ordine massimo di 150 euro). (Annulla senza rinvio, G.u.p. Trib. Trani, 10/11/2015)" Cass. pen. Sez. VI, 10-02-2017, n. 19319 (rv. 269836); "L'offerta o la promessa di donativi di modesta entità integrano il delitto di istigazione alla corruzione solo qualora la condotta sia caratterizzata da un'adeguata serietà, da valutare alla stregua delle condizioni dell'offerente nonché delle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si colloca, e sia in grado di turbare psicologicamente il pubblico ufficiale. (Nel caso di specie, la Corte d'appello conferma la condanna nei confronti di un cittadino cinese per aver offerto a due agenti della polizia di Stato la somma di 75 euro per indurli ad omettere l'esecuzione, a suo carico, di rilievi inerenti il Codice della Strada e relativi allo stato di ebbrezza, ribadendo che che l'offerta o la promessa di donativi di modesta entità integrano il delitto di istigazione alla corruzione solo qualora la condotta, come nel caso di specie, sia caratterizzata da un'adeguata serietà, da valutare alla stregua delle condizioni dell'offerente nonché delle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si colloca, e sia in grado di turbare psicologicamente il pubblico ufficiale)." Cass. pen. Sez. VI, 18-10-2016, n. 46255

¹⁶⁶S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 722

¹⁶⁷Così, ROSSI A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p. 763

Maggiormente problematica è invece la nozione di “*obblighi di fedeltà*”: questo dovrebbero consistere nel dovere del c.d. agente di curare esclusivamente l'interesse del c.d. principale¹⁶⁸. Verosimilmente troverebbero la propria ragione d'essere solo nella previsione della fattispecie in relazione ai soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza. Potrebbe anche sembrare corretto fare riferimento al parametro dell'art. 2105 c.c. per il quale “*il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*”. Tutta via la dottrina evidenzia come questa norma sia caratterizzata da un deficit di determinatezza e quindi riferirsi ad essere per individuare gli obblighi di fedeltà non pare corretto: il suo contenuto, infatti, oscilla tra i divieti di concorrenza e riservatezza sanciti a carico del prestatore di lavoro e l'espansione giurisprudenziale all'insegna dei principi di lealtà, correttezza e buona fede.

Ne consegue che una concezione della corruzione privata come lesione di un dovere di fedeltà appare troppo generico per risultare traducibile sul piano penalistico dell'offensività¹⁶⁹ e che, quindi, nell'interpretazione dell'art. 2635 c.c. gli obblighi di fedeltà non possono che confluire all'interno degli obblighi inerenti all'ufficio¹⁷⁰.

Su questo punto non si può considerare la norma italiana pienamente conforme alla normativa comunitaria che parla solo di “violazione di un dovere”¹⁷¹. La disciplina italiana quindi, con l'inserimento degli obblighi di fedeltà, sembra solo aver incastrato la norma in un non necessario vortice di indeterminatezza. Si vedrà che invece la norma tedesca di cui al §299 StGb utilizza un'altra locuzione: per tradurre la “violazione di un dovere” utilizza l'espressione “*seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze*” (viola i propri doveri verso la società), locuzione più conforme alle prescrizioni europee.

¹⁶⁸ F. FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in Riv.it.dir.proc.pen, 2003, pp. 1120 ss.

¹⁶⁹ S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 723

¹⁷⁰ Sull'indeterminatezza e l'inutilità degli “obblighi di fedeltà” si è già detto nel capitolo precedente in relazione alle modifiche apportate dalla Legge del 2012. Si ricorda quindi che la matrice di tali obblighi può essere infatti solo l'etica degli affari con conseguenti rischi di indeterminatezza e che si trattava, inoltre, di un requisito del quale non si avvertiva l'utilità, dal momento che poteva considerarsi in contrasto con tale “obbligo di fedeltà” il fatto stesso di aver ricevuto o accettato la promessa di denaro o altra utilità da parte del soggetto esterno alla società per compiere un atto cagionante un nocumento alla società.

¹⁷¹ La Decisione quadro specifica che violazione di un dovere dovrebbe intendersi “ciò che è inteso come tale ai sensi del diritto nazionale. La nozione di violazione di un dovere nel diritto nazionale comune copre almeno 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 dell'attività di una “persona” che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato.”

2.2.5 Il fatto tipico: da reato di evento a reato di condotta

Si è visto quindi che le novità maggiormente significative attengono alla struttura del fatto incriminato. Tuttavia, la vera grande modifica che segna il punto di forza della nuova disciplina incriminatrice è la scomparsa del *nocumento* come evento del reato. Tale novità spezza il nesso con la concezione patrimonialistica del fatto, conducendola verso una tutela più ampia delle condizioni di mercato¹⁷².

Ciò che invece, nella previgente formulazione, costituiva la condotta del reato (*“compimento o omissione di un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà”*) diviene oggi, oggetto di dolo specifico: la tensione finalistica al compimento di un atto anti-doveroso dovrà essere accertato nel foro interno dell'intraneo corrotto, *“non richiedendosi un effettivo riscontro concreto di tale comportamento”*¹⁷³

Si tratta di modifiche destinate a produrre un forte impatto sull'assetto complessivo dell'intervento penale in tema di corruzione privata. Ciò che stupisce è che ad esse non venga fatto alcun cenno nella Relazione illustrativa che accompagna lo Schema del Decreto Legislativo. Un'omissione difficilmente spiegabile, dietro la quale si cela o una sottovalutazione della portata innovativa dell'intervento legislativo, o una sorta di inconsapevolezza della medesima. Per tutta la dottrina, infatti, l'eliminazione del *“nocumento”* costituisce la modifica più rilevante della norma, la cui natura giuridica viene modificata da reato di evento a reato di pericolo. Tale raggiungimento è da accogliere con favore dal momento che perfeziona l'adeguamento alle fonti europee e internazionali, le quali prevedono la creazione di un reato di pericolo¹⁷⁴.

A ogni modo, l'effetto delle suddette modifiche è quello di avvicinare lo schema tipico della *“corruzione tra privati”* a quello della corruzione propria antecedente¹⁷⁵. Cambiano infatti i termini di efficacia applicativa del delitto e ne muta anche la natura giuridica: ci si trova davanti a *“uno spettro consumativo molto più ampio, se non addirittura indefinibile”*¹⁷⁶. Si tratta inoltre di una scelta che avvicina la corruzione privata a quella pubblica e guadagna come effetto quello di marcare in maniera ancora più decisa la strada verso una tutela più netta del mercato (in un'ottica, quindi, di tutela della concorrenza).

Le scelte legislative precedenti, invece, allontanavano la corruzione tra privati dal modello comune della corruzione pubblica e ponevano l'interprete davanti a un dubbio non trascurabile, vale a dire l'interpretazione della nozione *“nocumento”*, che non è univoca nel diritto penale¹⁷⁷.

¹⁷²P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 105

¹⁷³A. RUGANI, *Riforma della “corruzione tra privati” (D.lgs. n. 38/2017)*, cit., p. 4646

¹⁷⁴La Decisione Quadro prevede infatti che la condotta incriminata sia costituita solo dal “promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa 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”

¹⁷⁵FERRAJOLI L., *Corruzione tra privati: restano luci e ombre dopo la riforma*, Guida al Diritto Dossier, N. 2, 2018, p. 33

¹⁷⁶Così, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 106

¹⁷⁷A. MELCHIONDA, *Art. 2635 (“corruzione tra privati”)*, cit., p. 2700

Una certa dottrina aveva proposto anche una lettura estensiva di “*nocumento*”, suscettibile di ricomprendere ipotesi di danno emergente, lucro cessante ed anche pregiudizi non patrimoniali¹⁷⁸. A sostegno di tale lettura, si richiamava l’art. 2634 c.c. (“*Infedeltà patrimoniale*”), in cui il legislatore, per definire il risultato della condotta infedele, ha utilizzato il termine “*danno patrimoniale*”. Di conseguenza, scelta obbligata era quella di considerare più ristretto il concetto di “*danno patrimoniale*” e più ampio quello di “*nocumento*”. Dall’altra parte, c’era invece l’idea (confermata anche da Cass.pen. n. 5848 del 6 febbraio 2013) che il nocumento non poteva essere che di natura patrimoniale, in quanto legato al danno economico che subisce il corrotto.

Data quindi la difficoltà nell’interpretazione della nozione di “*nocumento*” e il problema della differenziazione della corruzione privata dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale, l’eliminazione di tale elemento e l’assimilazione alla struttura delle fattispecie di corruzione pubblica, appare un approdo opportuno.

È stato scritto però, che, nell’ambito di questa modifica, sembra meno convincente la rinuncia al compimento o all’omissione dell’atto come connotato effettivo del fatto tipico, e non come mera proiezione finalistica della condotta. Su questo specifico aspetto – nonostante indicazioni sovranazionali di segno opposto – sarebbe preferibile un’emancipazione della corruzione privata rispetto allo schema tipico dei delitti di corruzione pubblica. Nell’ipotesi qui considerata, si è detto, sarebbe preferibile ancorare la punibilità 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-amministrativa. Questo, senza voler tradire il concetto di corruzione (il *pactum sceleris* rappresenta pur sempre il nucleo essenziale del fatto incriminato) ma solo con l’obiettivo di modulare il grado di anticipazione dell’intervento penale in funzione della diversa consistenza dei beni giuridici offesi¹⁷⁹.

Tralasciando quest’ultima puntualizzazione, si deve ricordare come l’eliminazione del nocumento abbia destato delle perplessità tra gli operatori del diritto. Per esempio, l’Unione delle Camere Penali Italiane nelle osservazioni allo schema del Decreto ha rilevato come “*la scelta di espungere dalla fattispecie l’evento, ossia il danno patito dalla società, elimina – di fatto – un fondamentale elemento che permetteva di selezionare – in ottica punitiva – solo quei fatti che presentavano un più accentuato disvalore penale (in tal caso, appunto, di evento)*”.

Con la nuova formulazione prospettata nello schema di decreto legislativo, infatti, il disvalore del fatto risulta incentrato unicamente sulla «violazione degli obblighi inerenti all’ufficio o degli obblighi di fedeltà» da parte dell’intraneus. A ben vedere però, in particolare con riferimento a questa seconda ipotesi, appare quantomeno complicato delineare con sufficiente chiarezza la portata dell’“obbligo di fedeltà” che dovrebbe connotare la condotta penalmente rilevante. Bisognerebbe quanto meno prevedere che la condotta prezzolata antidoverosa sia effettivamente tenuta ‘al fine’ di recare nocumento. Inserendo, insomma un dolo specifico di offesa”. Da queste parole si evince come la critica sia rivolta, più che alla sola

¹⁷⁸Tra i tanti, MARTINI, sub art. 2635 c.c.- *infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in Leg. pen., 2003, p. 527

¹⁷⁹LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati*, cit., p. 4

eliminazione del documento, all'eliminazione di tale elemento in relazione alle difficoltà legate all'interpretazione degli "obblighi di fedeltà", introdotte nel 2012. Quindi, il problema sarebbe limitato solo a quegli "obblighi di fedeltà" di cui nelle pagine precedenti si è discusso in chiave critica.

In conclusione, si può affermare che il "documento alla società" va salutato con favore sia in un'ottica di chiarezza della norma, sia nell'ambito dell'adeguamento della norma alle prescrizioni europee e internazionali.

2.2.6 Bene giuridico tutelato e procedibilità a querela

Si è visto come l'eliminazione del documento dalla struttura della corruzione tra privati segni un punto di svolta nell'evoluzione della fattispecie. Fino al 2012 infatti, il fulcro del disvalore si era concentrato sul "documento", tralasciando ciò che invece doveva costituire il reale oggetto del disvalore della fattispecie incriminatrice, vale a dire il mercimonio della funzione privata e dei poteri ad essa associati. Questa impostazione aveva causato un'evidente inefficacia del presidio contro le autentiche corruzioni tra privati, per esempio quelle "consumate da gestori e dipendenti infedeli che si arricchivano imponendo tangenti per interessi personali, in conflitto con quelli della società, nei rapporti contrattuali con i terzi"¹⁸⁰. Ora, dopo la riforma del 2017, una condotta come quella appena citata è punibile come corruzione privata. La possibilità di una tale incriminazione trova come presupposto l'instaurazione di un nuovo bene giuridico: si passa dal modello di tutela patrimonialistico, con tutela del patrimonio del principale, a quello lealistico-fiduciario, che "incentra invece il disvalore nella violazione del rapporto di fiducia conseguente agli atti di slealtà, la cui proiezione offensiva si si enuclea in un'alterazione dei processi decisionali"¹⁸¹.

Modello patrimonialistico e lealistico-fiduciario rientrano nella tipologia di tutela privatistica perché posti a tutela di interessi interni degli enti, ma, come si è visto nel capitolo precedente, esiste anche un modello pubblicistico posto, al contrario, a tutela degli interessi esterni di terzi, nello specifico a tutela della concorrenza leale fra gli enti e "nella fiducia dei consociati sull'esistenza di regole di mercato, che incentra il disvalore nel patto corruttivo, finalizzato ad alterare le regole del gioco"¹⁸².

Le fonti sovranazionali sono evidentemente incentrate sul modello concorrenziale. Come viene dichiarato nel nono considerando della Decisione quadro 2003/568/GAI, "gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo

¹⁸⁰ Così, R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, fasc. 1, 2016, p.

524

¹⁸¹ Così, ROSSI A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p.753

¹⁸² Così, R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir.pen.proc.*, 2017, p. 5 s.s.

Stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico”.

Ad una attenta lettura della Decisione quadro però, ci si rende conto che non c'è un vero e proprio ripudio del modello lealistico¹⁸³, poiché l'art. 2.3 ammetteva che *“Uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali”*. Questo costituiva il riconoscimento di una duplice dimensione offensiva della corruzione privata e quindi la lesività del fenomeno anche in ambiti estranei alla concorrenza. Tutta via questo riconoscimento ha perduto validità¹⁸⁴ e quindi, l'obbligo per gli Stati di membri di procedere a un'indiscriminata repressione della corruzione privata sottende una visione del reato all'insegna di una totalizzante accezione “pubblicistica”, incentrata sulla tutela della libertà della concorrenza e sul corretto funzionamento del sistema economico.

La questione del bene giuridico si collega con il regime di procedibilità. Il legislatore italiano, anche dopo il D.Lgs. 38/2017, ha conservato la regola generale della procedibilità a querela, *“salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”*¹⁸⁵. Su quest'ultima deroga, che pare costituire un adeguamento alle prescrizioni sovranazionali, ci si soffermerà a breve. Intanto, si noti come la scelta di conservare la procedibilità a querela ponga evidenti problemi di coerenza con il nuovo bene giuridico.

La corruzione tra privati dopo il 2017 criminalizza solo l'accordo corruttivo e quindi, l'eliminazione del documento si sarebbe dovuto porre nel quadro del rafforzamento di interessi pubblicistici (trasparenza e buon funzionamento del mercato, competitività delle imprese e regole concorrenziali). Tale tendenza però, esiste solo dichiaratamente dal momento che *“il regime della procedibilità a querela appare consustanziale ad una visione patrimoniale del pregiudizio ed occasionale della repressione della trasgressione, in linea con letture privatistiche del bene giuridico, il cui abbandono sembrava acquisizione solida della rinnovata struttura pattizia del fatto tipico, priva di riferimenti al documento”*¹⁸⁶. Il regime di procedibilità a querela ha quindi trattenuto la natura della corruzione tra privati in un ambito privatistico che nulla ha a che vedere con le norme sovranazionali, che vorrebbero costruire la norma in un'ottica meramente pubblicistica¹⁸⁷.

¹⁸³È invece evidentemente escluso il modello patrimonialistico, dal momento che la Decisione quadro non menziona in alcun modo un “documento” all'ente.

¹⁸⁴L'art 2.4 della Decisione quadro prevede infatti che “le dichiarazioni di cui al paragrafo 3 sono comunicate al Consiglio all'atto dell'adozione della presente decisione quadro e sono valide per cinque anni a decorrere dal 22 luglio 2005.”

¹⁸⁵Questa deroga è presente solo nella fattispecie di “corruzione tra privati” e non anche nel nuovo delitto di “istigazione alla corruzione tra privati”, dal momento che, stando al modo in cui è formulata la norma italiana, la sua spiccata natura di reati di pericolo risulterebbe ontologicamente ostativa alla sua integrazione.

¹⁸⁶Così F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, cit.

¹⁸⁷Si ricordi inoltre che la procedibilità a querela nell'ambito della corruzione privata pone evidenti problemi nell'individuazione dell'organo legittimato alla proposizione della querela. In generale, il soggetto chiamato a esprimere la volontà di un ente è l'organo gestorio: tuttavia, nel caso della corruzione privata, nell'alveo dei soggetti attivi del reato rientrano anche gli amministratori, motivo per cui costoro si troverebbero nella condizione di dover querelare sé stessi, esponendo la norma ad un conflitto di interessi. Così, in casi come questo la dottrina propone di rimettere la querela

Tuttavia, come già accennato, esiste una deroga alla procedibilità a querela ed è prevista dal quinto comma della norma (“*salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*”). Quando si verifica una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi, si procede d’ufficio. Tale precisazione potrebbe apparire rispettosa delle prescrizioni europee dal punto di vista dell’ambito di tutela (incriminerebbe i fatti che ledono la leale concorrenza), ma così non è e, anzi, la deroga solleva solo molte perplessità.

Nell’ambito del quinto comma dell’art. 2635 c.c. si delinea una precisa dinamica tra “accordo corruttivo” e “distorsione della concorrenza”: quest’ultima appare essere, contrariamente alle prescrizioni internazionali, solo eventuale ed esistente unicamente al fine di prevedere una diversa condizione di procedibilità. Appare infatti “*singolare che non emerga con evidenza il diverso disvalore dettato dal risultato della condotta, tra la trattativa corruttiva e la distorsione della concorrenza e anzi, la lesione della concorrenza rileva soltanto come elemento accidentale che, seppur svelando il carattere pubblicistico del reato, segna semplicemente la giustificazione dell’intervento d’ufficio della pubblica autorità*”¹⁸⁸. Queste parole muovono una prima critica all’elemento “concorrenza” così come inserito nella norma dal legislatore italiano.

Una seconda critica va invece mossa nel senso che, a differenza del modello comunitario dove la concorrenza costituisce l’inespresso oggetto di tutela in un reato sempre perseguibile d’ufficio, la corruzione tra privati di cui all’art. 2635 c.c. sembra esigere l’accertamento di un evento causalmente legato alla condotta corruttiva, che porterebbe a una radicale riduzione operativa della fattispecie¹⁸⁹.

La dottrina rileva poi che, se già appariva problematico individuare ed accertare tale ulteriore evento del reato (“*la derivazione dal fatto di una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o di servizi*”) nella precedente strutturazione patrimoniale delle fattispecie, ancora più improbabile appare che lo stesso possa riscontrarsi in dipendenza causale, diretta e specifica, da un fatto tipico a base lealistica, che si incentra e si esaurisce nell’accordo corruttivo, senza bisogno alcuno del nocumento¹⁹⁰.

Non potrebbe costituire una soluzione nemmeno l’assunzione che la distorsione della concorrenza integri solo un pericolo astratto di alterazione delle regole di funzionamento del mercato¹⁹¹. Non appare, in particolare, comprensibile “*in cosa consisterebbe la sostanza del rapporto di derivazione*

nelle mani dell’assemblea dei soci. Ma anche qui ci sarebbero dei problemi, dal momento che spesso la composizione dell’organo gestorio è espressione della maggioranza costituitasi in seno all’assemblea, la stessa che dovrebbe decidere se querelare. Per evitare questo, la giurisprudenza riconosce la legittimazione a proporre querela al socio *uti singulus*. Tale soluzione si lascia apprezzare sul piano general-preventivo perché evita il rischio che le maggioranze all’interno dell’ente celino ipotesi di corruzione privata. Così, A. RUGANI, *Riforma della “corruzione tra privati”*, cit., p. 4658

¹⁸⁸Così, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 108

¹⁸⁹S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 723, il quale sostiene che “difficilmente quell’evento potrebbe legarsi all’offerta o sollecitazione, alla promessa o alla azione dell’utilità, piuttosto richiedendo il compimento dell’atto in violazione degli obblighi di ufficio e fedeltà”

¹⁹⁰F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, cit.

¹⁹¹R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., p. 533

*(richiesto espressamente dalla norma) di un ulteriore pericolo astratto (di secondo grado e comunque particolarmente qualificato) da un pericolo di primo grado (il patto corruttivo finalizzato)*¹⁹².

In passato si era ipotizzato che la distorsione della concorrenza potesse rappresentare un evento alternativo rispetto al nocimento della società¹⁹³, ma questa persuasione costituisce oggi, per i motivi detti, una soluzione impraticabile.

Ci si trova quindi davanti a una corruzione privata costruita ancora in un'orbita di tutela del tutto privatistica, in linea con una *“privatizzazione della tutela che nulla ha effettivamente a spartire con gli obiettivi degli strumenti internazionali cui si è sostenuto di dare attuazione e che erano quelli della repressione tout court della corruzione privata in quanto minaccia per la stabilità e la sicurezza sociale”*¹⁹⁴.

2.2.7 La nuova fattispecie di “istigazione alla corruzione tra privati” (art. 2635-bis c.c.)

Il D.Lgs. 38/2017 introduce l'art. 2635-bis c.c., rubricato “Istigazione alla corruzione tra privati, e prevede che *“Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo.*

La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.

Si procede a querela della persona offesa.”

La Relazione Illustrativa allo Schema del Decreto legislativo chiarisce il significato della norma in questo modo: *“l'art. 2635-bis prevede la fattispecie dell'istigazione alla corruzione tra privati, sia dal lato attivo (primo comma), che dal lato passivo (secondo comma). In particolare, il primo comma sanziona*

¹⁹²F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, cit.

¹⁹³Vedi A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 705ss

¹⁹⁴R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., p. 536

chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti ad un soggetto "intraneo", 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.

Il secondo comma prevede la punibilità dell'"intraneo", che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.

Per evidenti ragioni di proporzionalità, la pena prevista per l'ipotesi base dovrà essere ridotta di un terzo. Si procede anche in questo caso a querela della persona offesa."

L'introduzione dell'istigazione alla corruzione tra privati nasce dalla Decisione quadro 2003/568/GAI, il cui art. 3 dispone che *"Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a fare sì che l'istigazione ai tipi di condotta di cui all'articolo 2 e il loro favoreggiamento siano puniti come reato."* La Commissione europea, nella relazione del 6 giugno 2011, aveva affermato che tale norma *"focuses on secondary participation in corruption through instigation, aiding and abetting. It does not address attempted offences"*. L'art 3 della Decisione quadro voleva quindi solo evidenziare la necessità di sottoporre alla responsabilità concorsuale l'istigazione e l'agevolazione alla corruzione attiva e passiva.

Il legislatore italiano, invece, sulla base di quell'art. 3 ha disposto una specifica previsione per l'istigazione, sbagliando sul significato della disciplina comunitaria¹⁹⁵. Il legislatore italiano ha infatti ignorato che l'istigazione di cui all'art. 3 è riferita a condotte di concorso all'altrui corruzione attiva e passiva, dal momento che le istigazioni dell'intraneo nei confronti dell'estraneo e viceversa sono già tipizzate come "sollecitazione" e "offerta", e ha inserito nell'art. 2635-bis la singolare prescrizione che, in caso di mancata accettazione dell'offerta o promessa, ovvero della sollecitazione, le pene sono ridotte della metà. La scelta dei redattori del D.Lgs. 38/2017 è in perfetto parallelismo con i delitti di corruzione pubblica, caratterizzata quindi da un'ipotesi attenuata, assistita dalla medesima riduzione sanzionatoria di cui all'art. 322 c.p.¹⁹⁶.

¹⁹⁵A questo errore si aggiungeva l'errore della traduzione italiana del "favoreggiamento": nelle altre lingue questo è tradotto come "aiding and abetting", "Behilfe", "complicitè", "complicidad". Da tale errore muove la Relazione del Governo allo schema di D.Lgs. nella parte in cui si dice che "L'ipotesi del favoreggiamento non è stata espressamente prevista per il reato di corruzione tra privati, in quanto già disciplinata in via generale dal codice penale negli articoli 378 (Favoreggiamento personale, che punisce chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione, e fuori dai casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche effettuate dai medesimi soggetti) e 379 (Favoreggiamento reale, che punisce chiunque, fuori dai casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648 bis e 648 ter aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato)."

¹⁹⁶Si riporta il testo dell'art. 322 c.p.: "Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere od a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi

Il legislatore italiano non ha potuto fare a meno di attenersi alla tradizione storica in materia di istigazione e delitti di corruzione, fraintendendo però gli obblighi internazionali, che non intendevano comprendere il tentativo di reato, dal momento che le condotte di offerta e sollecitazione consumano autonomamente i delitti di corruzione attiva e passiva. Con l'adozione del nuovo art. 2635-*bis*, non si spiega come una stessa condotta di offerta o sollecitazione sia in grado di consumare il delitto ex art. 2635 c.c., ma laddove non sia accolta (cioè in un momento successivo alla già avvenuta consumazione del reato) il fatto - già consumato - possa degradare alla "istigazione" ex art. 2635-bis c.c.

Non ha neanche senso la scelta del legislatore italiano di limitare l'operatività dell'art. 2635-bis c.c. alla sola istigazione commessa da o nei confronti dei soggetti indicati nel comma primo dell'art. 2635, così escludendo la punibilità del tentativo unilaterale commesso da o nei confronti dei sottoposti alla direzione o vigilanza di cui all'art. 2635 c.c., comma secondo: così si ottiene che, rispetto a essi la sollecitazione e l'offerta valgono a consumare il rispettivo reato, in assenza dell'attenuazione della pena¹⁹⁷.

L'introduzione della fattispecie di "Istigazione alla corruzione tra privati" crea quindi più dubbi che chiarezza e non è certo espressione di un adeguato adattamento alle fonti sovranazionali.

doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo [...]"

¹⁹⁷ A valutare in questo modo l'introduzione dell'"istigazione alla corruzione tra privati" è S.SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 719-720. Altra dottrina, invece, tra cui LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati*, cit., p. 3, sostiene che "È vero che la Decisione quadro 2003/568/GAI, da un lato, fa riferimento alla sollecitazione e all'offerta tra le condotte, rispettivamente, di corruzione privata passiva e attiva, e, dall'altro, prevede l'obbligo di autonoma incriminazione dell'Istigazione alla corruzione privata; lo fa, però, in un contesto nel quale i due versanti del fenomeno corruttivo sono considerati autonomamente, con la conseguenza che la semplice sollecitazione o l'offerta sono in sé sufficienti ad integrare di estremi del reato, mentre con l'espressione "istigazione alla corruzione" il legislatore europeo sembra riferirsi non già al modello delineato nel "nostro" art. 322 c.p., quanto a condotte prodromiche a quelle di sollecitazione o di offerta. Se si accogliessero integralmente le indicazioni sovranazionali, quindi, si verrebbe a un livello di anticipazione dell'intervento penale difficilmente sostenibile alla luce dei principi costituzionali in materia penale" e aggiunge che "il riferimento alla condotta di sollecitazione nella struttura del fatto tipico del primo comma dell'art. 2635 c.c. potrebbe determinare – al netto delle considerazioni sopra esposte – un grado di anticipazione maggiore da quello riscontrato nei delitti di corruzione pubblica (la cui condotta incriminata è dazione/promessa ricezione/accettazione della promessa). Un esito quanto meno paradossale, alla luce dell'indubbio diverso disvalore delle due forme di manifestazione del fenomeno corruttivo."; altra opinione, invece, tenta di ricercare uno spazio per il tentativo, ammettendo che "lo spazio della corruzione privata tentata sembra doversi collocare tra questi due poli: il suo momento di integrazione non dovrebbe essere tanto anticipato da identificarsi nella "istigazione non accolta", né tanto arretrato da configurarsi come "patto corruttivo", vedi A. RUGANI, *Riforma della "corruzione tra privati"*, cit., p.4650-4651

2.2.8 Le particolari esigenze dei terzi estranei al patto corruttivo

Si può ora prendere in considerazione un particolare aspetto della corruzione privata e dipendente dalla scelta del legislatore italiano di adottare il solo modello di tutela lealístico-fiduciario e non anche quello concorrenziale.

Il modello italiano risulta del tutto incapace di fronteggiare fenomeni corruttivi privati idonei ad offendere anche interessi dei terzi. Un paragone con la corruzione pubblica può essere utile per capire: nella corruzione pubblica vi è una dinamica offensiva tale per cui gli interessi del principale (pubblica amministrazione) e quelli dei soggetti estranei al patto corruttivo (cittadini) finiscono per convergere con la conseguenza che, da un lato il disvalore offensivo del fatto vede sempre il suo nucleo centrale nell'infedeltà dell'agente (il pubblico ufficiale), che si concretizza già con il patto corruttivo, dall'altro è la stessa pubblica amministrazione ad avere l'interesse a prevenire la corruzione passiva all'interno. Nella corruzione pubblica, in sostanza, la garanzia che il terzo sia preservato da abusi dell'agente grava primariamente sul principale, quindi sulla Pubblica Amministrazione¹⁹⁸.

Nella corruzione privata invece, i termini sono diversi. È naturalmente possibile che la dinamica offensiva si rivolga verso lo stesso ente, senza minimamente intaccare gli interessi dei terzi (fenomeno corruttivo contrastabile con il modello lealístico-fiduciario), ma è anche molto probabile che si diriga a danno di soggetti terzi e, a questo punto, il fenomeno corruttivo sarebbe contrastabile solo attraverso una fattispecie a tutela della concorrenza. In quest'ultima ipotesi, nel contrasto alla corruzione, si registra un conflitto tra gli interessi del principale (ente del corrotto) e quelli dei terzi soggetti estranei al patto corruttivo: l'ente del corrotto può infatti essere del tutto indifferente al fenomeno corruttivo che si realizza al suo interno, o addirittura trarne veri e propri vantaggi¹⁹⁹.

Quindi, per chiarire meglio, l'ente del corrotto sarà interessato a combattere la corruzione solo se questa gli produce un danno, non invece se produce un vantaggio. Al tempo stesso però, l'offesa agli interessi dei terzi sarà sempre presente, sia che l'ente del corrotto consegua vantaggi oppure subisca danni.

In questo contesto sarebbe auspicabile un rafforzamento della tutela dei soggetti terzi, che si trovano ad essere offesi e sguarniti di qualsiasi protezione e tale rafforzamento di tutela sarebbe possibile orientando la fattispecie verso il modello concorrenziale unitamente all'introduzione della procedibilità d'ufficio. Il legislatore italiano, quindi, optando per il modello di tutela lealístico-fiduciario, non

¹⁹⁸ Infatti, il bene giuridico nella corruzione pubblica può essere identificato nella fiducia dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, poiché tutte le fattispecie di corruzione pubblica ledono o mettono in pericolo tale fiducia; In questo senso, SEMINARA S., *Artt. 314-360 in Commentario breve al codice penale*, CEDAM, 1999, pp.805 ss; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, 2011, p. 515

¹⁹⁹ R. BARTOLI, *Corruzione privata*, cit., p.7, il quale, per chiarire il concetto riporta questo esempio: "Si pensi alla corruzione di una società di certificazione, la quale può trarre un vantaggio dalla circostanza di fidelizzare ulteriormente il proprio cliente o di trovarne altri proprio grazie alla sua corruttibilità, senza considerare che l'ente può concepire la corruzione realizzata al proprio interno come uno strumento per incrementare senza spese lo stipendio dei propri dipendenti"

solo ha violato le prescrizioni sovranazionali, ma ha anche dimenticato la tutela di tutti i soggetti terzi estranei al patto corruttivo, determinando così un vuoto di tutela.

2.2.9 Il trattamento sanzionatorio

Il corredo sanzionatorio, dopo il D.Lgs. 38/2017 appare nuovo e più articolato, nella forma delle pene principali, di quelle accessorie e patrimoniali. Guardando solo al livello della pena edittale, la corruzione privata potrebbe sembrare un reato di modesta entità, ma così non è, dal momento che il disvalore sanzionatorio di una norma si deve cogliere nel complesso delle sanzioni applicabili.

Innanzitutto, rimane la reclusione da 1 a 3 anni per la corruzione attiva e passiva dei soggetti apicali²⁰⁰. La stessa pena è prevista nella nuova ipotesi del coinvolgimento dei soggetti che nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercitano funzioni direttive diverse da quelle proprie degli apicali. Per quanto riguarda soggetti sottoposti alla dirigenza o vigilanza degli apicali o dei dirigenti, coinvolti in ipotesi attiva e passiva, il legislatore della novella ha mantenuto la diretta indicazione della risposta sanzionatoria solo nel massimo, che rimane della reclusione da fino a 1 anno e 6 mesi. Nella nuova ipotesi di istigazione alla corruzione tra privati attiva e passiva, le pene previste per la corruzione attiva e passiva sono ridotte di un terzo²⁰¹.

In controtendenza alle pene rimaste invariate, nel quadro dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio, si introduce una pena accessoria. Il nuovo Decreto Legislativo prevede con l'inserimento dell'art. 2635-ter c.c. anche le "Pene accessorie", con l'imposizione che *"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."*²⁰²

²⁰⁰Secondo P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 114, questa previsione non si basa su alcuna evidente ragione e riduce inevitabilmente il potenziale punitivo, aprendo la strada all'ampliamento dei limiti di accesso a riti alternativi e, ad esempio, alla non punibilità per la particolare tenuità del fatto, oltre che alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

²⁰¹ROSSI A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit., p. 761, per la quale, nell'ambito della risposta sanzionatoria all'istigazione, la modalità assunta dal legislatore non deve far ipotizzare che le fattispecie di istigazione abbiano natura circostanziale attenuata rispetto alle corrispondenti fattispecie di corruzione: si tratta solo di una scelta dettata dal rispetto del principio di proporzionalità tra fatto e sanzione e coerente con le corrispondenti fattispecie di istigazione alla corruzione pubblica.

²⁰² Si ricorda che l'art. 32-bis c.p., *Interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese*, stabilisce che "L'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese priva il condannato della capacità di esercitare, durante l'interdizione, l'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla

La pena accessoria priva il condannato della possibilità di esercitare formalmente attività gestoria, di controllo, di direzione, di liquidazione, di rappresentanza delle persone giuridiche e delle imprese. La scelta del legislatore appare corretta dal momento che la corruzione privata si inserisce tra quei reati che presuppongono, per la propria realizzazione, una struttura organizzata e, in questo contesto, sarà più probabile che i soggetti in posizione apicale nella compagine sociale compiano la condotta criminosa.

Inoltre, la pena accessoria svolge un ruolo di connessione tra il micro-sistema della corruzione privata e il codice penale

Il comma sesto della norma continua a prevedere la misura della confisca delle utilità e, a completamento della corrispondenza tra condotte (dazione, promessa, offerta) ed oggetti materiali delle stesse (utilità date, promesse, offerte), il legislatore ha perfezionato l'indicazione delle utilità confiscabili, aggiungendo le utilità offerte. Il comma sesto prescrive quindi che *“Fermo quanto previsto dall'articolo 2641²⁰³, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte”*.

Le sanzioni subiscono delle modifiche anche nell'ambito della responsabilità amministrativa degli enti, L'art. 6 del d.lgs. n. 38/2017 introduce modifiche, sotto il profilo sanzionatorio, all'art. 25 *ter* lettera *s-bis* del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300) per i casi di corruzione attiva ed istigazione attiva.

Per il delitto di corruzione attiva tra privati (art. 2635, comma 3, c.c.), in particolare, è previsto che si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote; nei casi di istigazione attiva (art. 2635-*bis*, comma 1 c.c.), la sanzione pecuniaria scende da duecento a quattrocento quote. Si applicano, altresì, le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 (l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi).

redazione dei documenti contabili societari, nonché ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'imprenditore. Essa consegue ad ogni condanna alla reclusione non inferiore a sei mesi per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio”

²⁰³Si riporta il testo dell'art. 2641 c.c.: “In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo.

Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente

Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale.”

2.2.10 Un'occasione perduta per una riforma di stampo europeo

Le considerazioni esposte consentono di apprezzare come la conquista di uno statuto penale della corruzione privata in linea con le indicazioni internazionali non possa dirsi ancora acquisita. Certo, al tessuto normativo della fattispecie penale sono stati apportati dei miglioramenti (con l'estensione sul versante dei soggetti interessati e delle condotte conosciute nella fenomenologia reale, comprensive di quelle istigatrici, con la focalizzazione del disvalore sul patto corruttivo finalizzato, ovvero sul mercimonio della funzione collegata al centro di potere privato, nonché attraverso il potenziamento del sistema sanzionatorio complementare, delle pene accessorie e delle sanzioni per illeciti amministrativi da reato), ma permangono comunque pericoli di ineffettività, riconducibili principalmente al modello di tutela lealístico-fiduciario prescelto dal legislatore italiano e alla connessa procedibilità a querela²⁰⁴.

Si è detto, all'inizio del capitolo, che il D.Lgs. 38/2017 costituisce la terza riforma che modifica il reato di corruzione nel giro di quindici anni e non sarà nemmeno l'ultima, visto il generale mancato adeguamento alla disciplina sovranazionale.

Seminara, consapevole del problema, definisce l'implementazione nel nostro ordinamento del reato di corruzione privata un "gioco infinito" e tenta di giustificare il legislatore italiano mettendo in evidenza l'oscurità del bene giuridico tipizzato dalla Decisione quadro: sostiene che *"induce gravi perplessità una politica criminale sovranazionale caratterizzata da una così vistosa sfasatura tra le ragioni addotte a giustificare l'incriminazione e la nebulosità degli interessi protetti, dalla quale deriva uno svuotamento della nozione bene giuridico"*²⁰⁵.

Si può dare ragione a Seminara e pensare che l'introduzione della corruzione tra privati nell'ordinamento italiano sia un "gioco infinito" o si può anche solo realizzare che, ancora una volta, nel 2017, il legislatore ha perso l'ennesima occasione per una riforma di stampo europeo.

²⁰⁴ Il rapporto del GRECO del 2017 accoglie con favore le modifiche all'art. 2635 cod. civ. (Corruzione tra privati) introdotte dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38. In particolare, viene elogiata l'estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie non più esclusivamente alle società commerciali, ma anche a qualsiasi "ente privato". Si sottolinea poi l'accrescimento del novero dei soggetti attivi del reato: non più solamente gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, ma anche coloro che, nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercitano funzioni direttive diverse dalle precedenti. Il GRECO giudica positivamente la scomparsa del riferimento alla causazione di un "*nocumento alla società*", così come l'eliminazione della necessità dell'effettivo compimento o dell'omissione di un atto contrario agli obblighi dell'ufficio, che diventano, nella nuova formulazione, l'oggetto del dolo specifico. Si esprimono quindi parole di apprezzamento nei confronti della scelta di inasprire le pene, di prevedere *ex art. 2635 bis* cod. civ. un'ulteriore figura incriminatrice di 'Istigazione alla corruzione tra privati' e di estendere la responsabilità per queste condotte alle persone giuridiche.

Tuttavia, nota critica rimane il mantenimento, anche nell'ultima formulazione della norma, della condizione di procedibilità della querela.

²⁰⁵ S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p.729

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

PARTE PRIMA

IL DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA IN GERMANIA

3.1.1 *Sviluppi storici e caratteristiche fondamentali del diritto penale dell'economia (Wirtschaftsstrafrecht)*

In via preliminare, prima di addentrarsi nell'analisi del §299 StGB, è necessario conoscere i principi fondamentali del diritto penale dell'economia in Germania, dal momento che il reato di corruzione tra privati (che in Germania è rubricato "*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*") viene studiato nell'ambito di questa branca del diritto penale.

Anche in Germania, come in Italia, i giuristi hanno dovuto fare i conti con un nuovo sistema, improntato sull'economia di mercato²⁰⁶: non si è potuto evitare lo scontro con nuovi fattori di complessità, derivanti dai piani economici dell'ordinamento, tra i quali, per esempio, il moltiplicarsi degli agenti economici aggregati, il fenomeno imprenditoriale, la progressiva astrazione dei beni di mercato, l'ingresso delle nuove tecnologie, nonché i fenomeni di integrazione internazionale e globalizzazione.

In questo nuovo contesto, il giurista tedesco ha dovuto imparare a muoversi in un'area giuridica ancora inesplorata e caratterizzata dall'interferenza tra due sistemi, diritto penale, "*Strafrecht*" ed economia, "*Wirtschaft*".

Si spiega allora in quale senso già Jung nel 1979²⁰⁷, sulla scia delle incertezze della giurisprudenza costituzionale e penale dinanzi al crescente rilievo del fenomeno economico, si riferiva alla categoria in parola come "campo di prova" dell'intero sistema di diritto penale.

Le difficoltà erano ancora molto evidenti anche nell'ottica di un problema di teoria criminologica: nello studio dei nuovissimi attori della peculiare scena dei *white collar crimes*, infatti, non venivano in aiuto le categorie della criminologia classica. In un tale panorama di disorientamento dogmatico, urgeva dunque la ricostruzione teorica di un nuovo sistema, per dotarlo di confini ben delineati.

²⁰⁶Per l'Italia vedi CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol. 1, Diritto dell'impresa*, UTET, 2013, p. 1 ss. ; per la Germania P. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.H. Beck, 2017, pp. 1 ss

²⁰⁷H. JUNG, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems*, De Gruyter, 1979

Il dibattito si è così rapidamente spostato sul piano definitorio e, anche se ora è trascorso molto tempo dai primi anni del dibattito, una definizione unitaria per la materia non si è ancora trovata²⁰⁸.

Il problema, secondo la dottrina tedesca, è che nel diritto tedesco non esiste alcuna Legge che ricomprende tutte le fattispecie del diritto penale dell'economia²⁰⁹ e, così, dare una definizione di tale branca del diritto penale appare impossibile²¹⁰. L'assenza di una Legge unica disciplinante l'intera materia è da ricercare nel fatto che molte fattispecie del *Wirtschaftsstrafrecht*, per avere un senso, necessitano dell'aiuto di norme appartenenti ad altre branche del diritto, molto spesso del diritto civile. Anche il §299 StGB, oggetto di analisi nelle pagine seguenti, può essere correttamente interpretato solo rifacendosi ad altre discipline (*Wettbewerbsrecht, Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht*).

Per questi motivi si parla dell'Accessorietà (*Akzessorietät*) delle fattispecie del diritto penale economico²¹¹. L'*Akzessorietät* comporta non solo l'esistenza di intrinseche particolarità nella costruzione delle fattispecie di reato economiche, ma anche, e soprattutto, l'interpretazione di norme penali per mezzo di specifiche conoscenze provenienti da ambiti non penalistici (*außerstrafrechtlicher Spezialkenntnisse*).

Questo significa che le fattispecie di reato economiche trovano la loro ragion d'essere in molto campi del diritto e, di conseguenza, una regola che le racchiuda tutte insieme non sembra poter esistere.

Ciò non toglie che, nella letteratura scientifica sia comunque evidente il tentativo di addivenire a una definizione della materia. Così, nel fervente dibattito rivolto alla ricerca di criteri che delimitassero adeguatamente l'ambito del *Wirtschaftsstrafrecht*, si sono sviluppate tre concezioni: la concezione criminologica, basata sui concetti della nuova criminologia "economica" (*kriminologischer Begriff*), la concezione processual-penalistica, che trae primo spunto dalla disciplina sulla competenza delle *Wirtschaftskammern* di cui al § 74 GVG (*strafprozessualer Begriff*) e la concezione di "dogmatica del diritto penale" (*strafrechtsdogmatischer Begriff*), concentrata sulla tutela di beni giuridici collettivi.

La prima concezione, quella criminologica, ha cercato una definizione di *Wirtschaftsstrafrecht* incentrata sulla sua natura di fenomeno sociale. Il primo storico tentativo definitorio fu avanzato da Sutherland²¹² negli anni '30 e si

²⁰⁸ In questo senso, G. DANNECKER, *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in Bundesrepublik Deutschland*, in B. WABNIZT- T. JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuersstrafrechts*, C.H. Beck, 2014, pp. 10 ss.

²⁰⁹ Le norme di diritto penale dell'economia si trovano sparse in diverse leggi:
- nella *Wirtschaftsstrafgesetz 1949*, che ricomprende però solo una modesta e insignificante parte del diritto penale economico
- nello *Strafgesetzbuch*, di cui si ricordano i § 263 ss., 266 ss., 283 ss., 291, 298 ss., 331 ss.
- nel *Nebenstrafrecht*, in particolare alcuni *Gesetzblöcke*, tra i quali si ricordano: il *Bilanzstrafrecht*, le *Strafvorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums*, il *Kapitalgesellschaftsrecht*, il *Kapitalmarktsstrafrecht*, lo *Steuerstrafrecht* e il *Wettbewerbsstrafrecht*
- alcune norme della *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*

In E. KRAATZ, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.H.Beck, 2017, p. 7

²¹⁰ In questo senso, KUDLICH-OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F.Müller, 2014, p.1

²¹¹ K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017, pp. 1-26

²¹² Sutherland (Gibbon, 13 agosto 1883 – Bloomington, 11 ottobre 1950) fu un criminologo statunitense divenuto famoso per la sua opera *White collar crimes* (1939)

costruiva sul pregiudizio per cui la criminalità doveva essere, per la quasi totalità dei casi, “prerogativa” dei ceti inferiori e riconduceva dunque alla *Weisse Kragen Kriminalität (white collar crimes)* quelle “*Straftaten die von ehrbaren Personen mit hohem sozialen Ansehen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit verübt werden*”²¹³.

Sempre su questa linea, si è avvertita la strettezza di una siffatta definizione e se ne è tentato un ampliamento rifacendosi al più elastico concetto di *Berufskriminalität (Occupational Crimes)* accogliendo in esso anche le condotte criminali, compiute sì nello svolgimento dell’attività professionale, ma collegate ai sostrati sociali subito inferiori a quello dirigente (lavoratori subordinati, professionisti indipendenti ecc.) e compiute per ottenere un proprio vantaggio causando un danno alla società (*zum eigenen Nutzen*). A questa era affiancata la *Verbandskriminalität (Corporate crime)*, che comprendeva i delitti che l’impresa o gli appartenenti a questa commettono a vantaggio dell’impresa (*zum Nutzen des Unternehmens*).

Furono mosse immediatamente critiche a tali approcci: si trattava di una approssimazione fenomenica, che faceva confluire nel *Wirtschaftsstrafrecht* tutto quanto presentasse sufficienti somiglianze alla fenomenologia della criminalità di impresa, quando invece le condotte criminali del diritto penale dell’economia possono essere commesse anche al di fuori dall’ambito imprenditoriale (per esempio una *Steuerhinterziehung* o un *Kreditbetrug*)²¹⁴.

Un’ulteriore critica metteva in evidenza l’errore di forzare l’identità tra i due insiemi di criminalità professionale da una parte e criminalità economica dall’altra, quando tra i due pare più corretto parlare di rapporto di genere a specie. Ed ossia: non tutte le attività professionali possono dirsi anche strettamente economiche, né tutti i crimini fenomenicamente “professionali” (ed ossia commessi in funzione e nello svolgimento di un’attività professionale) avranno rilievo economico²¹⁵.

Per ultimo, si può ricordare il tentativo di Schwind di assicurare la sopravvivenza della concezione criminologica: secondo l’autore rientrerebbe nel *Wirtschaftsstrafrecht* l’insieme dei delitti (e delle contravvenzioni) commessi nello svolgimento di attività economiche con abuso del necessario buon affidamento sotteso al sistema economico, e che producono, oltre ad un danneggiamento per un individuo anche un nocumento per la collettività²¹⁶.

La seconda concezione, denominata processual-penalistica, si basa sulla disciplina della competenza delle *Wirtschaftskammern* (letteralmente “camere dell’economia”), speciali camere del *Landesgericht*, create per i dispositivi penali la cui applicazione necessiti di una speciale conoscenza, sul presupposto della delicatezza e della specialità della materia.

²¹³C.H. SUTHERLAND, *White collar crimes*, The Dryen Press, 1949

²¹⁴P. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p 8 per la quale „Unternehmenskriminalität ist sicherlich der praktisch wichtigste und dogmatisch bedeutsamste Bereich der Wirtschaftskriminalität, aber eben doch nur ein Teil davon“

²¹⁵KUDLICH-OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 4

²¹⁶H. SCHWIND, *Kriminalogie und Kriminalpolitik: eine praxorientierte Einführung mit Beispielen*, Heidelberg, 1936, p. 475, il quale i *Wirtschaftsdelikte* “die Gesamtheit der Straftaten (und Ordnungswidrigkeiten), die bei wirtschaftlicher Betätigung unter Missbrauch des im Wirtschaftsleben nötigen Vertrauens, begangen werden und über eine individuelle Schädigung hinaus belange der Allgemeinheit berühren“

La competenza della *Wirtschaftskammer* è disciplinata dal § 74c GVG²¹⁷. È necessario ricordare che la competenza della *Wirtschaftskammer* è *assoluta*, ed ossia si presume necessaria *juris et de jure*, per un *numerus clausus* di fattispecie considerate figure “naturali” (*Geborene Wirtschaftsstraftatbestände*) del diritto penale dell’economia, ossia gli *spezifische Wirtschaftsdelikte* dei numeri dall’1 al 5° del §74c GVG.

La competenza è *relativa*, invece, per taluni reati a più ampio spettro applicativo tra cui lo stesso § 299 StGB (il §74c GVG, al numero 6a, fa riferimento a *Bestechung e Bestechlichkeit*). Per questi la camera in questione sarà competente solo a condizione che “per la decisione del caso siano necessarie speciali conoscenze economiche” e sono definiti *gekorenen Wirtschaftsstraftatbestände*.

Nell’ambito di questa concezione, più voci della dottrina hanno reagito sottolineando che, se tale dispositivo può costituire un generoso conforto e un saldo segnale orientativo per gli studiosi della materia, non è però certo idoneo a fondare la categoria *Wirtschaftsstrafrecht*²¹⁸.

L’ultima concezione è quella della “dogmatica del diritto penale”: tale teoria si rivolge al nucleo essenziale di una norma di diritto penale, ossia il bene giuridico tutelato (*Rechtsgut*) a presidio del quale la norma viene introdotta nell’ordinamento. Secondo la “dogmatica del diritto penale”, la particolarità delle fattispecie del diritto penale economico e dell’intero genere *Wirtschaftsstrafrecht* va ricondotta alla tutela di beni giuridici che devono essere superindividuali

²¹⁷ Si riporta il testo del §74c GVG: “Für Straftaten: (1) nach dem Patentgesetz, dem Gebrauchsmustergesetz, dem Halbleiterschutzgesetz, dem Sortenschutzgesetz, dem Markengesetz, dem Designgesetz, dem Urheberrechtsgesetz, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, der Insolvenzordnung, dem Aktiengesetz, dem Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen, dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dem Handelsgesetzbuch, dem SE-Ausführungsgesetz, dem Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, dem Genossenschaftsgesetz, dem SCE-Ausführungsgesetz und dem Umwandlungsgesetz, (2) nach den Gesetzen über das Bank-, Depot-, Börsen- und Kreditwesen sowie nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz, dem Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz und dem Wertpapierhandelsgesetz, (3) nach dem Wirtschaftsstrafgesetz 1954, dem Außenwirtschaftsgesetz, den Devisenbewirtschaftungsgesetzen sowie dem Finanzmonopol-, Steuer- und Zollrecht, auch soweit dessen Strafvorschriften nach anderen Gesetzen anwendbar sind; dies gilt nicht, wenn dieselbe Handlung eine Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz darstellt, und nicht für Steuerstraftaten, welche die Kraftfahrzeugsteuer betreffen, (4) nach dem Weingesez und dem Lebensmittelrecht, (5) des Subventionsbetruges, des Kapitalanlagebetruges, des Kreditbetruges, des Bankrotts, der Verletzung der Buchführungspflicht, der Gläubigerbegünstigung und der Schuldnerbegünstigung, (5a) der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen, der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sowie der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen und der Bestechung im Gesundheitswesen, 6.a) des Betruges, des Computerbetruges, der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, des Wuchers, der Vorteilsannahme, der Bestechlichkeit, der Vorteilsgewährung und der Bestechung, 6b) nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind,

ist, soweit nach § 74 Abs. 1 als Gericht des ersten Rechtszuges und nach § 74 Abs. 3 für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung gegen die Urteile des Schöffengerichts das Landgericht zuständig ist, eine Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer zuständig. Die §§ 120 und 120b bleiben unberührt.“

²¹⁸ KUDLICH-OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 4

(Schutz überindividueller Rechtsgüter)²¹⁹. Con tale espressione si intendono *soziale oder Kollektivrechtsgüter, Interessen der Allgemeinheit*, quindi, per fare degli esempi: *Schutz des Bank-und Kreditwesens, der Chancengleichheit im Wertpapierhandelswesen, der Gläubiger, des Publikums bei Manipulationen nach dem Aktiengesetz, des staatlichen Finanzaufkommens bei Steuern und Subvention, des privatwirtschaftlichen Versicherungswesens* ecc.

Una teoria siffatta si scontra inevitabilmente con l'incertezza del dato del *Rechtsgut (Unbestimmtheit)*, specie ove si assuma di tipo collettivo e lo si sottoponga, dunque, a processi di astrazione; individuare beni superindividuali significa inevitabilmente astrarre e rendere sempre più inafferrabile il concetto di *Rechtsgut*. Certi autori hanno, infatti, definito i beni così intesi con espressioni come “*wolkige*” e “*luftige*”²²⁰. Da un lato, ci sono autori, come Tiedemann²²¹, che difendono il carattere superindividuale dei beni giuridici nel *Wirtschaftsstrafrecht*, dall'altro esiste un'altra concezione per cui nelle fattispecie del diritto penale economico esistono anche beni individuali (*Individualinteressen*): la tutela del singolo e dei suoi interessi (per esempio del *Verbraucher* o del *Konkurrent*) è evidente in molte norme del *Wirtschaftsstrafrecht*, tanto che della materia si può tentare questa definizione: “*Wirtschaftsstrafrecht ist die Gesamtheit der Straftaten, die bei wirtschaftlicher Betätigung unter Missbrauch des im Wirtschaftsleben notwendigen Vertrauens begangen werden und nicht nur eine individuelle Schädigung herbeiführen, sondern auch Belange der Allgemeinheit (Kollektivrechtsgüter) berühren*”²²².

Nell'ambito della concezione dogmatica del diritto penale, quest'ultima definizione appare forse la più appropriata. Nel prossimo paragrafo verranno presi in considerazione più ampiamente i beni giuridici tutelati nel *Wirtschaftsstrafrecht*.

Da ultimo, può essere utile richiamare, in modo sintetico, i caratteri principali del diritto penale dell'economia in Germania.

Innanzitutto, la maggior parte dei reati economici è strutturata come reato proprio (*Sonderdelikt*)²²³. Per rientrare nel novero dei possibili autori del reato deve sussistere un rapporto particolarmente stretto dell'attore col bene giuridico tutelato²²⁴. A ciò si aggiunga che, a sprezzo della investitura formale, si ha sempre preferenza per il dato fattuale della effettiva presa in carico dei compiti tipicamente sottesi al ruolo in questione; costituisce esempio della *faktische*

²¹⁹ K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Carl Heymanns Verlag, 2014, p. 29

²²⁰ Così, G. DANNECKER, *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., p. 14 ss.

²²¹ K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 30, il quale, rispondendo alle critiche riguardo ai beni giuridici superindividuali, dice „Dass dies nicht zutrifft, ergibt sich positivrechtlich bereits aus einem Blick auf das Wirtschaftsrecht, das beispielsweise im Bereich der Finanzdienstleistungen den institutionellen Charakter des Börsen- und des Kreditwesens, der Versicherungswirtschaft usw. anerkennt und seinen Vorrang gegenüber Individualinteressen betont“

²²² KUDLICH-OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 5

²²³ Nella dottrina tedesca si distingue poi tra reati propri in senso “proprio” ovvero in senso “improprio”, a seconda che, come avviene nel primo caso, la posizione giuridica che costituisce ogni volta la qualifica richiesta dell'attore trovi riconoscimento espresso in una norma di legge, ovvero, come nel secondo, queste vadano ricostruite col mezzo esegetico.

²²⁴ Sull'argomento vedi E.J. KRAUSE, *Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, Verlag Dr. Kovac, 2008, pp. 1 ss.

Betrachtungsweise (osservazione fattuale) richiesta per i reati in parola innanzitutto il § 14 StGB²²⁵ che estende la punibilità dei reati propri anche ai rappresentanti che esercitino la qualità (*Eigenschaft*) da questi richiesta, nonché la figura dell'amministratore di fatto (*faktischer Geschäftsführer*). Si noti come tale rilevanza data all'elemento fattuale sia equiparabile alla stessa rilevanza presente nella norma italiana sull'estensione delle qualifiche soggettive di cui all'art. 2639 c.c.

Un'altra caratteristica consiste nella presenza di molti reati di pericolo astratto (*abstrakte Gefährungsdelikt*), come nel caso del §299 StGB. L'anticipazione della tutela penale alla zona antistante della lesione del bene giuridico non è andata tuttavia esente da dubbi di legittimità costituzionale²²⁶.

Un'ultima puntualizzazione è necessaria nell'ambito dell'operatività dei principi di frammentarietà e determinatezza nel *Wirtschaftsstrafrecht*, i quali soffrono di un'applicazione più fluida: questo accade per il motivo che il fenomeno economico è irriducibilmente vario e dinamico e, di conseguenza, è impossibile cristallizzare delle condotte criminali particolareggiate senza con ciò dare vita a facili pratiche elusive del dettato penalistico.

È sulla base di queste considerazioni che non è rara l'utilizzazione delle *Auffangtatbestände* (norme di ampio respiro, in funzione residuale), nonché di *Generalklauseln*, termini vaghi ed interminati, "aperti", ossia, alla libera implementazione di significato da parte dell'interprete e delle *Blankettatbestände*, le norme penali in bianco. In questi casi, l'interprete ha il compito di ricostruire la norma alla luce dei principi di frammentarietà e determinatezza²²⁷.

²²⁵ Si riporta il testo del §14 StGB rubricato *Handeln für einen anderen*: "Handelt jemand
1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder
3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,
so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebs oder einem sonst dazu Befugten
1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder
2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen, und handelt er auf Grund dieses Auftrags,
so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebs vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrags für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist.

²²⁶ K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 45

²²⁷ E. KRAATZ, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pp. 6-12

3.1.2 Il bene giuridico tutelato (*Rechtsgute*) nel diritto penale dell'economia

Il bene giuridico tutelato nel *Wirtschaftsstrafrecht* viene analizzato, in qualsiasi manuale di diritto penale dell'economia²²⁸, nell'ambito dello studio della dogmatica del diritto penale (*Strafrechtsdogmatik*) e si trova solitamente sotto il paragrafo "*Rechtsgüterlehre*" (dottrina dei beni giuridici).

La *Strafrechtsdogmatik*, molto importante per gli studiosi tedeschi, consiste in quella scienza che, nel diritto penale, provvede all'elaborazione di concetti giuridici più astratti e complessi e si prefigge di individuare il nesso che sussiste tra le categorie del sistema penale²²⁹. Tale scienza, nell'ambito del diritto penale dell'economia, si impegna a dare una risposta alle domande che nascono dalla parte generale del *Wirtschaftsstrafrecht* (si intendono le classiche categorie penalistiche, come *Irrtum*, *Versuch*, *Täterschaft* e *Teilnahme*, *Konkurrenzen von Delikten* ecc.), ma anche quelle che scaturiscono dalla parte speciale (cui consegue "*die Einleitung der Tatbestände des Besonderen Teils in Erfolgs-, Dauer-, abstrakte und konkreten Gefährdungsdelikte, der Lehre von den descriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen*" ecc.).

Il bene giuridico, a partire dal 19esimo secolo, si trova al centro della *Strafrechtsdogmatik* tedesca²³⁰. La definizione che viene accordata al concetto *Rechtsgut*, anche se controversa, ha il vantaggio di adattarsi anche a quegli ordinamenti penali che non assegnano al bene giuridico un ruolo, paragonabile a quello tedesco, nella dogmatica del diritto penale: il *Rechtsgut* "*wird als rechtlich positiv bewertetes Interesse verstanden*"²³¹.

Notoriamente, nell'individuazione del bene giuridico, l'interpretazione è di tipo teleologico (nel senso che, per applicare la legge è necessario stabilire il suo scopo, in modo tale che la sua applicazione sia conforme alle finalità per cui essa è stata emanata). Nell'*Auslegung* (interpretazione) delle norme del *Wirtschaftsstrafrecht* è normale fare ricorso ai classici criteri normativi²³² e, in questa operazione, non sussiste alcuna peculiarità rispetto alle altre branche del diritto. I criteri più importanti possono essere così sintetizzati: l'interpretazione, che deve essere economicamente orientata (*wirtschaftliche Auslegung*), è limitata dal divieto di analogia (*Analogieverbot*); l'ampiezza dei beni giuridici sociali e superindividuali deve essere sempre osservata nell'ambito di un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto europeo, e

preferibilmente restrittiva, data la delicatezza dei beni giuridici presi in

²²⁸Vedi, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil*, cit.; . KRAATZ, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit.; KUDLICH-OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit.

²²⁹Così, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 61, il quale scrive anche che la „Strafrechtsdogmatik lässt sich definiert als wissenschaftliches, am Gesetz als Dogma ausgereichtes „System von strafrechtlichen Lehrsätzen“.

²³⁰Va ricordato che il bene giuridico assume lo stesso ruolo negli studi condotti in altri paesi europei, come l'Austria, la Polonia, la Grecia, la Spagna e la stessa Italia, vedi H. VOLKER, *Der Straftatbegriff in Europa.: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit in Deutschland, England, Frankreich und Polen*, Duncker und Humboldt, 2011, pp. 1 ss.

²³¹K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017, p. 62

²³²Si fa riferimento, per esempio, a " der Bestimmung des Vermögens und des Schadens, aber auch der Täuschung und der Pflichtwidrigkeit nach §§263, 266 StGB" in K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 63

considerazione; l'applicatore del diritto è poi obbligato a giustificare come mai debbano essere necessarie speciali conoscenze non penali (*außerstrafrechtliche Spezialkenntnisse*) per comprendere il senso della norma.

I criteri appena elencati ancora non dicono nulla sulle peculiarità dell'interpretazione nel diritto penale dell'economia tedesco; per dare un senso a tutti questi criteri bisogna infatti guardare al ruolo della *Rechtsgutlehre*, la quale rende possibile un *Wirtschaftsstrafrecht* come sistema ordinato e sensato. Stando a tale dottrina, i beni giuridici devono essere interpretati seguendo principi di diritti economico e le finalità di politica economica (*wirtschaftrechtliche Grundideen* und *wirtschaftspolitische Zwecke*). Per esempio, accanto ai più facilmente individuabili interessi patrimoniali del creditore, si può individuare una tutela della vita economica in generale (*Wirtschaftsleben*); accanto alla tutela penale delle sovvenzioni e agevolazioni fiscali, ci sono finalità di corretta gestione economica e politica²³³.

Il bene giuridico, quindi, nel contesto che si sta analizzando, deve essere sempre interpretato nell'ottica "economica" e così si cecherà di fare anche per il §299 StGB. Questo metodo, tuttavia, incontra delle difficoltà: l'*Auslegung* nel *Wirtschaftsstrafrecht* si risolve spesso in un'interpretazione fattuale (*faktische Auslegung*) e un tale risultato può scontrarsi con i significati dati a taluni termini da altre discipline, più solitamente dal diritto civile. Un esempio è costituito dal significato dato al termine "patrimonio" (*Vermögensbegriff*) nelle fattispecie di truffa (§263 StGB): questa nozione può, infatti, essere interpretata modi differenti, vale a dire secondo il diritto civile ("*juristischer Vermögensbegriff*"), in senso fattuale-economico ("*wirtschaftlicher Vermögensbegriff*") o accogliendo entrambi gli approcci ("*juristisch-ökonomische Vermittlungslehre*")²³⁴.

Può anche accadere che il giurista si trovi davanti a un dubbio nell'interpretazione di una norma perché incontra un contrasto tra una possibile *wirtschaftsrechtliche Auslegung* e una *strafrechtliche Auslegung*: in questi casi, Tiedemann ricorda un principio fondamentale che il giurista deve rispettare, cioè che "*die strafrechtliche Auslegung nicht über den Anwendungsbereich der wirtschaftsrechtlichen Regelungen hinausgehen darf*"²³⁵.

In conclusione, si noti come con l'analisi della *Rechtsgutlehre* vengano alla luce tutte le difficoltà insite nel diritto penale dell'economia, quale branca del diritto penale dai confini difficilmente delineabili.

Dal prossimo paragrafo, prima di cominciare l'analisi del §299 StGB, ci si limiterà a considerare solo una minima parte del *Wirtschaftsstrafrecht*: verranno, infatti, analizzati solo i reati a tutela della leale concorrenza, quindi i reati che costituiscono il *Wettbewerbsstrafrecht*.

²³³, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 61-63

²³⁴Sul punto si veda, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, Vahlen, 2011, § 263 StGB; e BGHSt,24,54=NJW 1971, 521

²³⁵K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 107

3.1.3 I reati a tutela della concorrenza nel diritto penale tedesco e in particolare nello Strafgesetzbuch (*Straftaten gegen den Wettbewerb*)

Il *Wettbewerbsstrafrecht* copre due differenti campi, caratterizzati da diversi obiettivi e regole: un primo gruppo di norme è posto a tutela della concorrenza leale (*fairen Wettbewerb*) e si tratta di quelle regole che hanno come obiettivo la repressione delle condotte criminose compiute in violazione della leale concorrenza (il c.d. *Lauterkeitsrecht*), mentre il secondo gruppo di norme è posto a tutela della libera concorrenza (*freien Wettbewerb*) e raggruppa quindi le sanzioni contro le limitazioni alla libera concorrenza non ammesse dall'ordinamento. Quest'ultimo gruppo di norme va a coprire il campo di tutela in due diversi ambiti: da una parte si propone di impedire la creazione di cartelli non ammessi dalla legge, il *Kartellrecht* in senso stretto, e, dall'altra, predispone un controllo sulla stabilizzazione di posizioni di potere nel mercato (*Fusionskontrolle*)²³⁶.

Il primo gruppo di norme (il *Lauterkeitsrecht*) trova la sua concretizzazione prevalentemente nella "*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*" (*UWG*) del 1909, modificata radicalmente con la legge 03.07.2004²³⁷. Alla *UWG* è stato affidato l'obiettivo di assicurare una concorrenza leale nell'ambito delle "*geschäftlichen Handlungen*". L'art. 1 della *UWG*, rubricato „*Zweck des Gesetzes*“, stabilisce infatti che "*dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*" e aggiunge poi, al § 2, che per „*geschäftliche Handlung*“ si intende „*jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen*”.

È importante ricordare però che la tutela della concorrenza leale, in Germania, come anche in Italia, costituisce parte del diritto civile e la maggior parte delle sanzioni sono infatti di tipo civilistico. Il numero delle disposizioni penali nella *UWG* è stato oggetto di una riduzione nel corso del tempo: prima con la "*Kleinen UWG-Novelle*" del 1994²³⁸, la quale aveva l'obiettivo di deregolamentazione di taluni divieti ("*Ziel einer Deregulierung*") e poi con la migrazione del § 12 *UWG* – *Angestelltenbestechung* – nel § 299 *StGB* tramite la *Korruptionsbekämpfungsgesetz* del 1997. Così, ora, le uniche fattispecie penali rimaste della *UWG* sono quelle comprese tra i §§ 16-19 (§ 16 *Strafbare Werbung*, § 17 *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, § 18 *Verwertung von Vorlagen*, § 19 *Verleiten und Erbieten zum Verrat*).

²³⁶M. ACHENBACH, *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs?*, Peterlang, 2009, p. 2

²³⁷BGBl. I, 1414; altre modifiche sono avvenute nel 2010 con Bek. v. 3.3.2010 I 254 e nel 2016 con Art. 4 G v. 17.2.2016 I 233

²³⁸UWGÄndG v. 25.07.1994, BGBl. I 1738

Per quanto riguarda invece il secondo gruppo di norme, quelle a tutela della libera concorrenza (*freien Wettbewerb*), nell'ordinamento tedesco, trovano una sistemazione nella "*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*" (*GWB*) del 1959 ma, la maggior parte delle norme sul tema sono di origine comunitaria. L'Europa ha infatti un ruolo importantissimo del diritto della concorrenza: il Trattato di Roma, dopotutto, aveva stabilito la creazione di una comunità economica (*Wirtschaftsgemeinschaft*) e il fatto che il *Wettbewerbsrecht* sia la branca del diritto in cui la Comunità europea mantiene maggior controllo, appare la concreta dimostrazione di come gli Stati europei abbiano accettato essere parte di una *Wirtschaftsgemeinschaft*²³⁹.

Prima di cominciare l'analisi del § 299 StGB e, per completare il catalogo delle fattispecie penali poste a tutela della concorrenza, è importante ricordare gli altri reati che, insieme al delitto di *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, sono contenuti nella ventiseiesima sezione del codice penale tedesco (26. Abschnitt), vale a dire il § 298 rubricato *Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*, il § 299a rubricato *Bestechlichkeit im Gesundheitswesen* („corruzione passiva nei servizi sanitari”) e il § 299b rubricato *Bestechung im Gesundheitswesen* („corruzione attiva nei servizi sanitari”).

Il § 298 StGB, dopo lunghe discussioni, è stato introdotto con la *Korruptionsbekämpfungsgesetz* del 1997 (legge che ha anche inserito la ventiseiesima sezione "*Straftataten gegen den Wettbewerb*" nello StGB), con la motivazione che si era manifestata la necessità dell'introduzione di una disciplina che impedisse accordi illeciti limitanti la concorrenza nell'ambito di una *Ausschreibung* (traducibile come "bando di gara per un appalto"). Il § 298 StGB si inserisce quindi in quella parte del *Wettbewerbsstrafrecht* a tutela della libera concorrenza.

La norma prevede che "*(1) Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder Dienstleistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Ausschreibung im Sinne des Absatzes 1 steht die freihändige Vergabe eines Auftrages nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb gleich.*

(3) Nach Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 2, wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, daß der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Wird ohne Zutun des Täters das Angebot nicht angenommen oder die Leistung des Veranstalters nicht erbracht, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Annahme des Angebots oder das Erbringen der Leistung zu verhindern."

La norma, come già detto, è posta a tutela della *freien Wettbewerb* nell'ambito dei bandi di gara per appalti: è quindi, in primo luogo, tutelata la concorrenza come istituzione della vita economica dei cittadini, ma, in secondo luogo, sono tutelati anche gli interessi patrimoniali dell'organizzatore della gara

²³⁹Le norme più importanti furono la Europäischen Kartellverordnung del 1962 e la Europäische Fusionskontrolle del 1989; vedi MÜLLER- GUGENBERGER, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf-und-ordnungswidrigkeitenrechts*, ottschmidt, 2015, p. 2205

(*Vermögen des Veranstalters*), che possono essere lesi dall'illiceità dell'accordo volto a fargli accettare una determinata offerta²⁴⁰.

In sintesi, si elencano le caratteristiche principali della norma: come accade spesso nel *Wirtschaftsstrafrecht*, si tratta di un reato di pericolo astratto (*abstraktes Gefährungsdelikt*). Guardando ai soggetti attivi del reato, chiunque può commettere la condotta criminosa, chiunque, quindi, può indurre l'organizzatore ad accettare l'offerta basata sull'accordo illecito. Non si tratta quindi di un *Sonderdelikt*. Il delitto deve essere compiuto nell'ambito di un *Ausschreibung* e il comma secondo della norma ne fornisce una nozione („*Der Ausschreibung im Sinne des Absatzes 1 steht die freihändige Vergabe eines Auftrages nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb gleich*“).

Il reato si consuma con la formulazione dell'offerta, che deve essere basata su un *Absprache* inteso come „*ein Übereinkommen der potenziellen Anbieter über das Verhalten in mindestens einem konkreten Ausschreibungsverfahren oder Teilnahmewettbewerb*“²⁴¹. Fondamentale è che l'*Absprache* sia illecito (*rechtswidrigkeit der Absprache*) e si considera illecito quando è „*kartellrechtswidrig, also gegen das GWB oder das europäische Wettbewerbsrecht*“²⁴².

Nel 2015, con la seconda *Korruptionsbekämpfungsgesetz*, vengono introdotti nel codice penale i § 299a e § 299b sulla corruzione passiva e attiva nell'ambito di servizi sanitari²⁴³. Ci si era resi conto che il mercato tedesco della salute contava un volume annuo di circa 250 miliardi di euro. La cifra di questo impegno rappresentava anche la misura dell'intensità del contatto tra la classe medica e l'industria farmaceutico-medicale. Misura che, a sua volta, rivelava il livello del rischio che taluni di questi contatti possano mostrare rilevanza penale²⁴⁴.

²⁴⁰K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, cit., § 298

²⁴¹P. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 452

²⁴²WABNIZT- T. JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschaft*, cit., § 298

²⁴³Il § 299 (*Bestechlichkeit im Gesundheitwesen*) prevede che „*Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er (1) bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, (2) bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder (3) bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial, einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*“.

Il § 299b (*Bestechung im Gesundheitwesen*) prevede che „*Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er (1) bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, (2) bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder (3) bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial, ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*“.

²⁴⁴R. ALAGNA, *La corruzione medica nell'ordinamento tedesco*, in dir. pen. cont., 2016

Per questi motivi, il legislatore tedesco introduce il delitto di corruzione attiva e passiva in ambito medico-sanitario, concentrando il disvalore della fattispecie nello scambio di utilità che comporti un'alterazione sleale della concorrenza. Pertanto, la concorrenza leale rappresenta il bene giuridico tutelato dalla norma, dal momento che non viene fatto alcun riferimento alla possibilità di un'incriminazione nei soli casi di scelte potenzialmente dannose per i pazienti o di ricezione di utilità per la violazione di mere norme deontologiche da parte del personale medico-sanitario²⁴⁵.

La struttura del reato è quella tipica di ogni fattispecie corruttiva, perciò non ci si dilungherà in un'analisi del delitto. È sufficiente, piuttosto, ricordare che anche nell'ordinamento italiano come si è già visto (2.1.4), esiste un reato assimilabile ai § 299a e § 299b, vale a dire il reato di "comparaggio", disciplinato dagli artt. 170-172 del Testo Unico delle Leggi sulla sanità (r.d. 1265/1934).

Conclusivamente, si può affermare che il legislatore, con la *Korruptionsbekämpfungsgesetz* del 1997 e quindi, con la creazione nel codice penale della ventiseiesima sezione a tutela della concorrenza, ha voluto rimarcare la qualità di *Rechtsgüter* della *freien e fairen Wettbewerb*. Ora, uno dei problemi principali è cercare di capire se elevare la concorrenza a bene giuridico nel diritto penale abbia una qualche base di legittimazione: capire dunque, se i Straftaten gegen den Wettbewerb possano essere definiti come meritevoli di pena (se sussiste, quindi, la *Strafwürdigkeit*)²⁴⁶.

I prossimi paragrafi e il capitolo finale si impegneranno a dare una risposta a questa domanda.

²⁴⁵Così, KUBICIEL M., *Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen. Ziel, Tragweite und Wirkungen des Referentenwurfes*, in Kölner Papiere zur Kriminalpolitik, Heft 1, 2015; K. REINHARDT, *Korruption im Gesundheitswesen: Zur Strafbarkeit von Ärzten bei Kontakten mit der Arzneimittel- und Medizinprodukteindustrie de lege lata und de lege ferenda*, Berliner wissenschafts-Verlag, 2018, p.9

²⁴⁶Sull'argomento vedi . ACHENBACH, *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs*, cit., p 1 ss.

**BESTECHLICHKEIT UND BESTECHUNG IM GESCHÄFTLICHEN
VERKEHR: ANALISI DELL'ISTITUTO**

3.2.1 *Il fenomeno corruttivo in ambito economico*

In via preliminare si ricordi che, in Germania, tra le principali fattispecie che descrivono fenomeni corruttivi si conta, innanzitutto, il § 108e StGB rubricato “Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern”²⁴⁷, riguardante la punibilità di atti corruttivi compiuti dai Mandatsträgern, vale a dire i membri del Parlamento e Governo tedesco (e i soggetti a questi assimilati elencati al comma terzo del paragrafo). Ci sono poi i §§ 331-335 StGB, i quali prevedono la punizione dell’*Amtsträgerkorruption*, vale a dire la corruzione dei pubblici ufficiali, quindi quegli atti realizzati tramite abuso del potere affidato alla funzione pubblica²⁴⁸. Infine, si trova il § 299 StGB, conosciuto anche come “*Angestelltenbestechung*”, espressione che si riferisce al fatto che i soggetti corrotti sono quelli subordinati.

Il § 299 dello *Strafgesetzbuch*, quindi, prima ancora di essere una fattispecie a tutela della concorrenza leale, descrive un fenomeno corruttivo. È necessario, pertanto, ricostruire il significato generale dato alla *Korruption* dalla dottrina tedesca, per poi considerarla nella sola declinazione economica, che in questa trattazione maggiormente interessa.

Punto di partenza è che, nel diritto tedesco, al termine *Korruption* non è attribuita alcuna nozione tecnico-legislativa²⁴⁹; anche l’esistenza di una importante legge come la *Gesetz zur Bekämpfung von Korruption* non fornisce alcun dettaglio in più sulla definizione del fenomeno. Ciò che è certo, è che nel diritto tedesco esistono molte fattispecie che contengono gli estremi di atti corruttivi, tra cui appunto il § 299 StGB, motivo per cui la letteratura scientifica tedesca si è impegnata nella ricerca di significati tecnici per la nozione *Korruption*.

Nella 61esima *Deutschen Juristentag* del 1996 si afferma che “*wir uns nicht leisten sollten, eine Kriminalität zu bekämpfen, die wir nicht auf den Begriff*

²⁴⁷ Il § 108e StGB „Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse. [...]”

²⁴⁸ Sono pubblici ufficiali secondo la legge tedesca tutti i soggetti elencati nel § 11 StGB

²⁴⁹ M. ÜBERHOFEN, *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich*, Edition iuscrim, 1999, p. 34

*gebracht haben*²⁵⁰: definire tecnicamente un fenomeno criminoso rappresenta quindi il vero modo per combatterlo.

D'altra parte, il fenomeno *Korruption* assume anche fondamentale importanza quale contenitore dei due versanti della corruzione, *Bestechung* (corruzione attiva) e *Bestechlichkeit* (corruzione passiva): "*der Begriff Korruption muss jedoch beide Seiten berücksichtigen: die des Korruptierenden und die des Korruptierten*"²⁵¹. La corruzione rappresenta quindi una nozione comprensiva di differenti, complessi e multiformi fenomeni criminali e, in quanto contenitore, necessita di un'adeguata definizione²⁵².

Le indagini empiriche volte alla ricerca di una definizione del fenomeno *Korruption* sono condotte sempre attraverso lo studio di diversi approcci, primo fra tutti quello etimologico (*etymologischer Ansatz*).

L' *etymologischer Ansatz* riguarda la ricerca dell'origine e della storia delle parole. In questo contesto, il termine *Korruption* deriva dal verbo latino "*corrumpere*", che significa "degenerarsi", "annichlire". Il correlato sostantivo "*corruptio*" può essere tradotto in tedesco con "*Sittenverfall*" (letteralmente "depravazione dei costumi"). Tali espressioni, però, sono utili solo ai fini di una maggiore consapevolezza del disvalore insito in un atto corruttivo e non certo per avere maggiore chiarezza su una possibile definizione della corruzione: l'approccio etimologico quindi, rintracciando l'origine delle parole, non fornisce alcun valido aiuto nella ricerca di una definizione del fenomeno *Korruption*.

La dottrina tedesca ha individuato poi un *ethischer Ansatz* (approccio etico), il quale permette lo studio del fenomeno corruttivo attraverso i comportamenti dell'uomo. In questo contesto, assume fondamentale importanza la Morale, disciplina filosofica che detta regole che gli uomini devono rispettare, anche a costo di limitare la propria libertà di agire. Stando a questa interpretazione, la *Korruption* „stellt die etisch-moralische Verwerflichkeit des Handelns gegenüber den Grundwerten der Gesellschaft dar“²⁵³. Tuttavia, anche l'*ethischer Ansatz* non consente una ricostruzione esaustiva della struttura del fenomeno corruttivo: gli appelli a tenere comportamenti moralmente adeguati non porta infatti ad una soluzione adatta a frenare i fenomeni corruttivi. Al di fuori degli aspetti meramente morali della *Korruption*, l'*ethischer Ansatz* non crea alcun punto fermo per rimuovere il problema²⁵⁴.

Esiste poi un *soziologischer Ansatz* (approccio sociologico), il quale si basa sulle teorie del sociologo Max Weber²⁵⁵. L'impostazione sociologica non va alla ricerca di un giudizio sulla violazione delle norme, ma, invece, tenta di creare una cornice sociologica per ogni declinazione della *Korruption* vista come *Kriminalität* all'interno di una società. In tale senso sociologico, nella nozione di corruzione, rientrano tutti quei modi di agire dell'uomo che rappresentano una violazione di valori universalmente riconosciuti, di principi morali e norme sociali: violazioni compiute al fine di ottenere un personale vantaggio. Il *soziologischer*

²⁵⁰ Così, Volk, 61. DJT Bd. II/1

²⁵¹ N. GEISLER, *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*, Duncker und Humboldt, 2013, p. 39

²⁵² M. ÜBERHOFEN, *Korruption und Bestechungsdelikte*, cit., p. 35

²⁵³ N. GEISLER, *Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 40

²⁵⁴ J. SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Logos, 2010, p. 14

²⁵⁵ Si trattava di studi concernenti i comportamenti dell'uomo all'interno della società. La Sociologia come scienza intende studiare chiaramente i comportamenti umani per comprenderne le cause e gli effetti; sull'argomento vedi KORTE, *Soziologie*, UTB basics, 2004, p. 1 ss

Ansatz, però, si limita a una descrizione del fenomeno corruttivo dal solo punto di vista sociologico e risulta quindi lontano dal permettere di addivenire ad una definizione chiara, esaustiva, utilizzabile sotto tutti i profili penalistici della *Korruption*²⁵⁶.

La letteratura scientifica ha identificato anche un'impostazione di tipo politica (*politikwissenschaftlicher Ansatz*)²⁵⁷. Naturalmente un approccio politico al fenomeno corruttivo non può che limitarsi al solo settore pubblico, inteso come abuso di potere. Nel settore privato, invece, stando al *politikwissenschaftlicher Ansatz*, mancherebbe una definizione politica della *Korruption*: è questo il punto critico di tale impostazione, vale a dire la derivante separazione tra corruzione nella sfera pubblica e corruzione nella sfera privata. Inoltre, la descrizione del fenomeno corruttivo risulta essere superficiale e indeterminata²⁵⁸.

In conclusione, si può affermare che, insieme a tutte le impostazioni viste finora, anche il *politikwissenschaftlicher Ansatz* non appare idoneo a tracciare le linee fondamentali caratterizzanti la *Korruption*²⁵⁹.

È necessario trovare quindi un'altra soluzione e, dopo un'analisi della dottrina tedesca sul tema, ci si rende conto che l'impostazione più corretta a cui il giurista può affidarsi consiste nella realizzazione e consapevolezza dell'esistenza di diverse definizioni di corruzione: ogni scienza e ogni branca di scienza trova un *Korruptionsbegriff* derivante dal contesto in cui l'atto corruttivo è inserito²⁶⁰. In questa trattazione, la prospettiva che viene in questione è quella economica e si considererà, quindi, la *Wirtschaftskorruption*.

Con l'espressione *Wirtschaftskorruption* s'intende un comportamento sleale nell'ambito della *Privatwirtschaft* (nel mondo economico gestito dai soggetti privati): in tale contesto, di fondamentale importanza è che tutti i soggetti, attivi e passivi, agiscano nell'ambito di rapporti economici privati (non è possibile che uno dei soggetti sia, per esempio, un pubblico funzionario). Il comportamento sleale in questione e, quindi, l'intera categoria *Wirtschaftskorruption* trova nella letteratura tedesca questa definizione: "*nach der oben entwickelten Definition ist Wirtschaftskorruption die Vorteilsgewährung durch eine Person und die Vorteilsannahme einer anderen Person im geschäftlichen Verkehr zwischen zwei Wirtschaftsteilnehmern mit dem Ziel, dem Vorteilsgeber oder einem Dritten durch pflichtgemäße oder pflichtwidrige Ausübung von wirtschaftlicher Macht oder wirtschaftlichen Einfluss einen nicht gerechtfertigten Vorteil zu*

²⁵⁶K. REINHARDT, *Korruption im Gesundheitswesen: Zur Strafbarkeit von Ärzten bei Kontakten mit der Arzneimittel- und Medizinprodukteindustrie de lege lata und de lege ferenda*, Berliner wissenschafts-Verlag, 2018, p.9

²⁵⁷"Der politikwissenschaftliche Ansatz befasst sich mit dem Zusammenleben der Menschen als Bürger und mit Frage, wie dieses Zusammenleben unter institutionellen (polity), prozeduralen (politics) und sachlich-materiellen Gesichtspunkten (policy) normativ allgemein verbindlich geregelt werden soll und empirisch geregelt ist" in N. GEISLER, *Korruptionsstrafrecht*, cit., p 43

²⁵⁸M. ÜBERHOFEN, *Korruption und Bestechungsdelikte*, cit., p 45

²⁵⁹Infatti, "der politikwissenschaftliche Ansatz deutet die Beteiligtenstrukturen zwar an, grenzt die handelnden Akteure aber nicht klar und deutlich voneinander ab und verdeutlicht nicht die einzelnen korruptionstypischen Verhaltensmuster" in N. GEISLER, *Korruptionsstrafrecht*, cit., p 44 ²⁶⁰Così, R. STANITZECK, *Die Bedeutung von Criminal Compliance für das Strafrecht bei der Bekämpfung von Wirtschaftskorruption*, Verlag Dr. Kovac, 2013, p. 8 la quale aggiunge, tuttavia, che „dabei ist vor allem zwischen einem weiten und einem engen Korruptionsbegriff zu unterscheiden, wobei auch innerhalb dieser großen Gruppen Korruption nicht einheitlich definiert wird“.

verschaffen²⁶¹“.

Se la definizione di *Wirtschaftskorruption* pare semplice e di immediata comprensione, non altrettanto si può affermare riguardo alle problematiche che la corruzione in ambito economico comporta. Prima fra tutte quella del cosiddetto “*Dunkelfeld von Wirtschaftskorruption*”²⁶²: tale espressione, difficilmente traducibile letteralmente, può essere intesa come la difficoltà che l'autorità giurisdizionale incontra nella ricerca volta all'individuazione dei fenomeni corruttivi nel *Privatwirtschaft*. Questo significa che qualunque tentativo di accertamento davanti al sospetto di un delitto di corruzione risulta estremamente complicato: i *Korruptionsdelikte* sono delitti “senza vittime” (*opferlose Delikte*), nei quali nessuno dei partecipanti ha interesse a esporre denuncia. Il problema principale è che la macchina della giustizia potrebbe non avviare mai le indagini, dal momento che a mancare sarebbe proprio il soggetto interessato denunciare. La dottrina definisce, infatti, i delitti di corruzione come “*Geheimhaltungsdelikte*”, vale a dire delitti che, date le loro caratteristiche, tendono a rimanere in una totale segretezza e, per questo motivo, risulta difficile perseguirli penalmente²⁶³.

Per quanto riguarda invece le cause della *Wirtschaftskorruption*, la dottrina identifica tre possibili fattori scatenanti.

La prima causa va ricondotta a motivi di ordine sociale: i valori sociali di riferimento sono infatti in costante cambiamento e, tendenzialmente, si dirigono verso il declino morale. Non c'è più fiducia nelle norme di diritto predisposte dall'ordinamento e a fondamento della società non si trovano più valori come la Lealtà, la Morale e l'adempimento dei doveri, ma solo l'egoistico desiderio di ottenere il proprio migliore vantaggio, dimenticando la collettività e le norme che ne salvaguardano la pacifica convivenza²⁶⁴.

La seconda causa dipende da fattori solo individuali: per esempio, il desiderio del corruttore, come anche del corrotto, di ottenere un profitto illegalmente. La dottrina ricorda anche che, tra le cause di tipo individuale, possono contarsi i classici problemi personali, come le difficoltà di denaro (*Geldnot*) o la tendenza a voler vivere sopra le proprie possibilità economiche (*über den Verhältnissen leben*), problemi che possono spingere tali categorie di persone alla delinquenza economica. Da ultimo, un ulteriore fattore individuale idoneo a causare fenomeni corruttivi è sicuramente la poca conoscenza delle norme di diritto da parte di certi soggetti: le scarse conoscenze giuridiche in capo, per esempio, ai subordinati in un'impresa, aumenta la possibilità che atti corruttivi vengano compiuti nell'ambito di quella impresa. Quest'ultimo fattore assume molta importanza nel caso del § 299 StGB, dal momento che si tratta di un *Angestelltenbestechung*, quindi di una fattispecie di corruzione commessa non da soggetti apicali, ma da soli subordinati.

²⁶¹R. STANITZECK, *Die Bedeutung*, cit., p 14

²⁶²M. NENTWICH, *Kriminologie der Korruption*, Kindle Verlag, 2003, p. 43

²⁶³Così I. PIES, *Wie bekämpft man Korruption?*, wvb, 2008, p. 15 ss.; R. STANITZECK, *Die Bedeutung*, cit., p 15, secondo la quale „Als Geheimhaltungsdelikt weist Korruption daher eine geringe Bestrafungswahrscheinlichkeit auf“ e aggiunge che l'autorità giurisdizionale, per superare questa segretezza si serve di „Insider, die tatsächlich Informationen über einen korrupten Sachverhalt erlangen, häufig Bedenken, diese aus Furcht von Repressalien und geschäftlichen Nachteil zu melden.“

²⁶⁴R. STANITZECK, *Die Bedeutung*, cit., p 16, la quale afferma che il sostrato della società di oggi è formato da „rücksichtslose Hemdsärmeligkeit und Ellenbogenmentalität“

La terza causa è invece identificabile nel clima di tensione lavorativa che caratterizza spesso le grandi imprese: il contesto nel quale i lavoratori subordinati svolgono le proprie mansioni è decisivo ai fini della loro lealtà nei confronti dell'impresa e del sincero rispetto delle regole fondamentali del mondo economico²⁶⁵. Se il clima lavorativo dell'impresa è percepito come oppressivo e poco stimolante, allora non ci sarà da stupirsi se i subordinati agiranno slealmente.

Infine, è naturale che la *Wirtschaftskorruption* porti con sé delle conseguenze, che si traducono in danni per l'impresa, per il suo rappresentante, per la leale concorrenza e per la collettività in senso ampio.

Il possibile danno alla concorrenza (e il conseguente danno per i consumatori finali, quindi per la collettività) assume notevole importanza ai fini di questa trattazione. La letteratura scientifica tedesca ha sempre affermato con certezza che la corruzione falsa la concorrenza: "*schmieren verfälscht den Wettbewerb, da hierdurch nicht mehr Angebot und Nachfrage, sondern der Wille der schmierenden und geschmierten Parteien den Preis regelt*"²⁶⁶. La concorrenza è quindi falsata perché, dopo il pagamento di una tangente, il prezzo non è più regolato dal principio economico della domanda e dell'offerta, ma dal volere delle parti corrotte. Le azioni corruttive rappresentano quindi una grave aggressione per la *fairen Wettbewerb* e per la complessiva etica degli affari (*Wirtschaftsmoral*)²⁶⁷. Su questo punto, quindi sulla corruzione in ambito economico concepita come possibile causa di danni alla concorrenza, tutta la dottrina tedesca pare essere d'accordo, diversamente da quanto accade in Italia. In Italia, come si è visto nel precedente capitolo, si percepisce una ritrosia da parte del legislatore e da una certa parte della dottrina, ad accogliere, nell'ambito della corruzione privata, il danno alla leale concorrenza. Ritrosia che, come si è detto, pone l'ordinamento italiano non in linea con le prescrizioni sovranazionali, diversamente da quello tedesco.

²⁶⁵M. NENTWICH, *Kriminologie der Korruption*, Kindle Verlag, 2003, p. 45

²⁶⁶R. STANITZECK, *Die Bedeutung*, cit., p 25

²⁶⁷ MÜLLER- GUGENBERGER, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts*, Ottoschmidt, 2015, p. 789

3.2.2 L'introduzione nell'ordinamento tedesco del § 299 StGB

Il § 299 StGB, rubricato *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* (letteralmente “corruzione passiva e attiva negli scambi commerciali”), al momento attuale, dopo l'ultima modifica del 2015, di cui a breve si dirà, prevede che:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens

1. einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder

2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens

1. einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder

2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.

La norma ricalca esattamente la struttura tipica di qualsiasi delitto di corruzione quindi, relativamente all'ordinamento tedesco, ricalca principalmente la corruzione dei pubblici ufficiali (§§ 331-335 StGB).

È articolata in due commi, di cui il primo disciplina la corruzione passiva (*Bestechlichkeit*) e il secondo la corruzione attiva (*Bestechung*). Si noti fin da subito che i due commi, sia nella forma passiva che in quella attiva, regolano due diverse modalità di corruzione ma, più specificamente, delineano due fattispecie a tutela di beni giuridici differenti: una a tutela della concorrenza (*Wettbewerbsmodell*) e l'altra a tutela di valori come la Lealtà e la Fiducia nell'ambito imprenditoriale (*Geschäftsherrenmodell*). La norma tedesca, diversamente dall'art. 2635 c.c.²⁶⁸, consente esplicitamente la convivenza di due

²⁶⁸Si è detto nel capitolo precedente che il comma 5 dell'art. 2635 c.c.- secondo il quale “si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi” - non può considerarsi espressione della volontà del legislatore di porre la corruzione privata a tutela della concorrenza.

modelli di tutela differenti nella stessa fattispecie. Si ripercorrerà ora la storia dell'introduzione di questa norma e le motivazioni che hanno portato il legislatore a optare per un doppio modello di tutela.

La norma compare per la prima volta nella *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*²⁶⁹, di cui si è già detto nelle pagine precedenti, e viene introdotta nell'ambito della riforma dell'*UWG* del 1909 (*Neufassung*, 7 giugno 1909²⁷⁰). La fattispecie fu inserita nel § 12 *UWG*²⁷¹.

In questa sede, si può sinteticamente ricordare che, nei lavori preparatori, era stata proposta una versione della disciplina, poi non giunta a conclusione, orientata al principio di meritevolezza della pena e quindi, limitata alla punibilità di sole certe azioni corruttive: si sarebbero dovuti considerare punibili solo quei comportamenti tenuti dai soggetti dipendenti contrari ai doveri di lealtà e fiducia nei confronti del titolare dell'impresa e dell'impresa stessa (*Geschäftsherrn*).

Il legislatore del 1909, tuttavia, invece di seguire l'orientamento che si era consolidato durante i lavori preparatori, ha optato per l'introduzione dell'espressione "*durch unlauteres Verhalten*": l'applicabilità della norma era quindi totalmente orientata alla tutela della leale concorrenza, dal momento che era sufficiente che gli atti corruttivi dei soggetti subordinati fossero compiuti attraverso comportamenti sleali, senza necessariamente dover anche essere contrari ai doveri di lealtà e fedeltà nei confronti dell'impresa²⁷². Si noti quindi come, già gli inizi del XX secolo, si avvertiva in Germania la necessità di un'incriminazione della corruzione per tutelare la libera concorrenza.

La fattispecie rimase immutata fino al 1974, anno in cui fu interessata solo da un perfezionamento, senza sostanziali modifiche²⁷³: il legislatore ricostruì la norma basandola sul modello della corruzione pubblica, dandole in questo modo un'impostazione più coerente ed efficace, al punto da rendere inutile la clausola di sussidiarietà (*Subsidiaritätsklausel*) presente nella versione previgente.

²⁶⁹RGBl. S. 145, 26 maggio 1896

²⁷⁰RGBl. S. 499

²⁷¹Il testo del § 12 UWG del 1909: "Mitt Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird, soweit nicht nach anderen Bestimmungen eine schwere Strafe verwirkt wird, bestraft, wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs dem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen.

Die gleiche Strafre trifft den Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes, der im geschäftlichen Verkehre Geschenke oder eine andere Vorteile, fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten einen anderen bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb eine Bevorzugung verschaffe.

Im Urteil ist zu erklären, dass das Empfangene oder sein Wert demStaate verfallen sei."

²⁷²ACHENBACH, *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs*, cit., p 22

²⁷³Nel 1974 la norma appare così: "(1) Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen vorteil als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, er ihn oder einen Dritten bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird ein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes bestraft, der im geschäftlichen Verkehr einen vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen oder annimmt, er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge."

Nella Germania degli anni 90', però, si avvertì l'esigenza di valorizzare ancor di più le norme sulla corruzione. In quegli anni, infatti, sul territorio tedesco regnava una "*Korruptionskonjunktur*" (una dilagante tendenza economica alla corruzione)²⁷⁴, che causava, oltre ai tipici danni già esposti nelle pagine precedenti, una diffusa mancanza di fiducia nello Stato e nell'economia da parte dei cittadini tedeschi. Secondo un sondaggio del 1992, soltanto il 34% dei cittadini confidava ancora nell'incorruttibilità delle istituzioni tedesche e nel 1995 il 64% dei cittadini dell'ovest e il 78% dei cittadini dell'Est della Germania erano dell'opinione che la corruzione in Germania avesse raggiunto livelli di rilevante gravità²⁷⁵. La corruzione era percepita come "*ein Angriff auf die Glaubwürdigkeit des politischen Systems*"²⁷⁶. La dottrina del tempo aveva individuato alcune delle cause di questa "*Korruptionskonjunktur*" in situazioni di fatto come "*das Verblässen altruistischer Werte wie Loyalität gegenüber dem Gemeinwohl*", "*den Verfall ethischer Grundwerte*", "*den Rückschlag traditioneller Pflichtwerte*", "*das Wegbrechen sozialer Normen*" come anche "*eine Privatisierung von Moral*" e "*ein Trend zum Eigennutz*"²⁷⁷.

In quei tormentati anni 90', la ricerca di soluzioni adeguate a porre fine ai gravi e dilaganti fenomeni corruttivi era all'ordine del giorno nelle discussioni politiche²⁷⁸, tanto che si giunse all'emanazione della importante *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* del 13 agosto 1997 ed entrata in vigore il 20 agosto 1997. Questa novella legislativa, oltre a possedere una forte valenza politica, modificò il § 12 UWG e determinò la sua migrazione dalla UWG al codice penale, nel nuovo § 299 StGB. La modificata fattispecie, rubricata dal 1997 in poi, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, fu inserita in una nuova sezione dello *Strafgesetzbuch*, la ventiseiesima, a tutela della concorrenza (*Straftaten gegen den Wettbewerb*) e comprendente i §§ 298-302²⁷⁹.

Il legislatore del 1997, creando nello *Strafgesetzbuch* una nuova sezione dedicata alla tutela della concorrenza, dimostra l'intenzione di attribuire alla concorrenza la qualità di bene giuridico (*Rechtsgut*) e rimarca, ancora una volta, che un reato avente ad oggetto un fatto di corruzione in ambito privatistico danneggia, in primo luogo, il principio economico della leale concorrenza²⁸⁰.

La valenza politica della *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* è invece evidente, nel momento in cui ci si rende conto che la novella è volta a rassicurare i cittadini circa la consapevolezza dello Stato sull'esistenza di un grave problema

²⁷⁴Espressione usata da SCHAUPENSTEINER, *Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption*, in NStZ, heft 9, 1996, p. 409

²⁷⁵ACHENBACH, *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs*, cit., p 23

²⁷⁶SCHAUPENSTEINER, *Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption*, in NStZ, heft 9, 1996, p. 409

²⁷⁷ACHENBACH, *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs*, cit., p 25

²⁷⁸Si ricordi "Der 61. Deutsche Juristentag" (1996) in Karlsruhe: dal 17 al 20 settembre del 1996 si discusse sulle soluzioni penali e processual-penalistiche per combattere la corruzione dilagante nelle istituzioni statali, nella politica e nella società.

²⁷⁹Si è già analizzato il § 298, „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“ e i §299a e 299b sulla corruzione nei servizi sanitari; si considereranno nelle pagine seguenti il § 300 Besonderes schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr; il § 301, Strafantrag; il § 302, ora abolito.

²⁸⁰SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Logos, 2010

nel Paese, quello della corruzione, consapevolezza che si traduce in una norma che si pone l'esplicito obiettivo di combatterla.

Relativamente, poi, al solo contesto privatistico, la migrazione del § 12 UWG nello *Strafgesetzbuch* è un importante traguardo, che conferisce, almeno simbolicamente, pari dignità alla corruzione privata e a quella pubblica, da sempre inserita nel codice penale.

Come già accennato, la *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*, ha anche modificato il § 12 UWG trasmigrato nel § 299 StGB: furono aggiunte nel primo comma le parole “für sich oder einen Dritten” e nel secondo comma le parole „für diesen oder einen Dritten“: era in questo modo diventato indifferente che il vantaggio (*Vorteil*) pervenisse direttamente o tramite un terzo, a colui che questo vantaggio volevo ottenere, (in Italia, dopo la riforma del 2017, questa possibilità è rappresentata dall'elemento “*anche per interposta persona*”).

Anche dopo la riforma del 1997, la norma in esame rimane esplicitamente posta a tutela della concorrenza: il legislatore tedesco resta, pertanto, coerente con la scelta fatta nel lontano 1909 e continua a costruire la fattispecie sulla base della concezione del *Wettbewerbsmodell* (modello concorrenziale).

Dopo il 1997, come si è visto nel primo capitolo, anche le istituzioni comunitarie e internazionali cominciarono a emanare importanti Convezioni e Decisioni per combattere la corruzione, anche nel settore privato.

In questa sede, può essere utile ricordare, come già fatto per l'Italia, certi contenuti dei rapporti del GRECO sulla Germania. Se nei primi cicli di valutazione la corruzione nel settore privato non veniva presa in considerazione, nel terzo ciclo del 2009 il GRECO valuta approfonditamente il § 299 StGB e la sua conformità alla Convezione penale sulla corruzione del 1999. In particolare, nel paragrafo 112 del Rapporto, si affermava che “*the incrimination of private sector bribery under section 299 CC does not suppose a breach of duty from the part of the bribe-taker or bribe-giver (unlike Articles 7 and 8 of the Convention)*”²⁸¹, criticando quindi il fatto che il § 299 StGB non faccia alcun riferimento alla “violazione di un dovere”.

Sempre nello stesso paragrafo il GRECO mette in evidenza un'altra problematica della fattispecie, affermando che “*the scope of section 299 CC is limited to the context of obtaining “an unfair preference (...) in the competitive purchase of goods or commercial services”. [...] In principle, the current wording of section 299 CC may exclude some situations that private sector entities are involved in, or confronted with in practice and which are not strictly related to procurement transactions; in comparison, articles 7 and 8 of the Convention refer to bribery “in the course of business activity”, which encompasses the broadest range of situations. Therefore, the GET recommends to amend the provisions on bribery in the private sector of section 299 CC in accordance with Articles 7 and 8 of the Criminal Law Convention on Corruption*”. Il Rapporto critica il fatto che il § 299 StGB limiti la punibilità a solo quegli atti corruttivi compiuti nell'ambito di un

²⁸¹ Greco Eval III Rep (2009) 3E Theme I, consultabile sul sito, <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/germany>. Anche le seguenti citazioni, ove non diversamente indicato, sono tratte dallo stesso Rapporto.

acquisto (*bei Bezug von*) di beni o servizi commerciali e non invece nell'ambito di qualsiasi attività commerciale.

Un'ulteriore critica è presente nel paragrafo 113 dello stesso Rapporto, in cui, relativamente al regime di procedibilità di cui al § 301, si afferma che *“the section 301 CC introduces a limitation to the prosecution of private sector bribery offences since a complaint from the aggrieved party or another entity which has a legitimate interest is – in principle – needed to initiate proceedings; certain organisations and the prosecuting authority may still act ex officio, but the latter only if the case involves a “special public interest”*. Il contenuto di questo paragrafo è molto importante ai fini di questa trattazione: il GRECO intende mettere in allerta la Germania sull'inefficacia della procedibilità a querela in un reato come quello in esame. La procedibilità a querela, infatti, oltre a creare difficoltà in ordine all'individuazione del soggetto legittimato a proporre denuncia, determina anche un rischio di ineffettività della norma.

Per quanto riguarda, infine, le categorie dei soggetti corrotti (*Angestellter e Beauftragter*) il GRECO non lamenta la mancanza dei soggetti apicali tra quelli corruttibili: *“furthermore, bribe-takers under section 299 CC can be employees (Angestellte) and agents (Beauftragte); although this does not apply to the independent owner of a business (Geschäftsinhaber) which is not organised as a corporation, the present situation does not appear to be in contradiction with the Convention”*, dal momento che *“independent business owners cannot commit a breach of duties against themselves”*. I titolari di un'impresa non possono infatti commettere una violazione di doveri nei confronti di sé stessi: questa affermazione del GRECO sarà ripresa in seguito per considerarla nell'ambito della norma italiana, dove invece i soggetti apicali rappresentano la categoria corruttibile.

Dopo il 1997, sembrava che la norma sulla corruzione nel settore privato in Germania potesse rimanere invariata, non presentando gravi anomalie. Tuttavia, nel 2015, viene emanata una nuova legge contro la corruzione, la *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption 2015*²⁸², la quale, oltre a modificare molte norme sulla corruzione presenti nel *Nebenstrafrecht*, inserisce nel § 299 StGB una nuova fattispecie di corruzione posta a tutela di valori come la lealtà e fiducia nei confronti dell'impresa e integrante, quindi, un nuovo modello di tutela, il *Geschäftsherrenmodell*²⁸³, che, pertanto, dal 2015 convive con il preesistente Wettbewerbsmodell.

²⁸²BGBl. I S. 2025

²⁸³Furono aggiunte le parti : *“(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens: 1[...]*

2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens

1 [...]

2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.

I motivi che portarono il Legislatore del 2015 a creare nell'ambito della corruzione privata un ulteriore piano di tutela (quello lealistico-fiduciario, per dirlo con la terminologia italiana) possono essere così riassunti: l'art. 2, paragrafo 3 della Decisione quadro 2003/568/GAI prevede che “ *Uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali*” e che “ *Le dichiarazioni di cui al paragrafo 3 sono comunicate al Consiglio all'atto dell'adozione della presente decisione quadro e sono valide per cinque anni a decorrere dal 22 luglio 2005*” . Ora, la possibilità di questa limitazione era già scaduta nel 2015, ma il Governo si era ormai convinto della necessità di inserire comunque il *Geschäftsherrenmodell* nel § 299 StGB, proponendo però una lettura teleologicamente connessa con la tutela della concorrenza, in modo tale da consentire un'interpretazione restrittiva e coerente alle prescrizioni europee della nuova variante. Il Governo tedesco teneva molto all'introduzione del *Geschäftsherrenmodell*, perché aveva realizzato che una “*Bevorzugung im Wettbewerb*” (il favorire qualcun altro nella concorrenza, elemento principale della norma) non era sempre facile da provare e, aggiungendo l'incriminazione anche di quelle azioni od omissioni in violazione di un dovere, avrebbe donato maggior coerenza ed efficacia al § 299 StGB²⁸⁴.

Nelle pagine seguenti si analizzerà il § 299 StGB cominciando dal *Wettbewerbsmodell*, posto a tutela della concorrenza leale, per poi passare al *Geschäftsherrenmodell*.

3.2.3 Wettbewerbsvariante: a) i soggetti (*Täterkreis*)

Anche la norma tedesca, come quella italiana, prevede la punibilità sia del corruttore che del corrotto.

Corruttore (*aktiv Bestechender*), stando alla lettera della norma (Abs. 2, n. 1) può essere chiunque. Tuttavia, la struttura della fattispecie e, in particolare, il bene giuridico tutelato nel *Wettbewerbsmodell*, pongono un'implicita limitazione alla cerchia dei possibili corruttori: l'*aktiv Bestechender* deve voler corrompere “*zu Zwecken des Wettbewerbs*”²⁸⁵. Le intenzioni del corruttore devono essere inserite in un contesto economico e, più specificamente, nell'ambito concorrenziale. La giurisprudenza²⁸⁶ ha tenuto infatti a puntualizzare che, un qualsiasi soggetto privato che mette in atto un comportamento corruttivo senza alcun fine di turbamento della concorrenza, potrà, al massimo, essere punito

²⁸⁴In questo senso, M.KUBICIEL, *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB*, in ZIS, Heft 13, 2014, p. 669-668

²⁸⁵SOMMER-SCHMIZ, *PraXiswissen Korruptionsstrafrecht*, ZAP, 2016, p. 142

²⁸⁶BGH, 29.03.2000-2 StR, 603/99 Behilfe zu Angestelltenbestechung

come *Anstifter* o *Gehilfe* (istigatore o complice) nella corruzione attiva del § 299, Abs. 2 StGB.

Per quanto riguarda, invece, il versante della corruzione passiva (*passiv Bestochener*), solo l'*Angestellte* (dipendente) e il *Beauftragte* (soggetto subordinato) possono essere corrotti. Secondo il legislatore tedesco, quindi, solamente gli atti corruttivi posti in essere dai soggetti subordinati nel contesto di imprese commerciali (*geschäftliche Betrieb*) sono idonei a causare un'alterazione della concorrenza.

Invece, il titolare dell'impresa, così come le imprese individuali (*Einzelunternehmer*), non potrebbero mai rappresentare i soggetti corrotti del reato in esame. Secondo parte della dottrina tedesca, i soggetti apicali di un'impresa godono della libertà imprenditoriale (*Unternehmerischen Freiheit*²⁸⁷) nell'ambito delle loro decisioni e, quindi, qualsiasi decisione assunta da un soggetto apicale non sarebbe idonea a danneggiare il mercato concorrenziale. Secondo questa impostazione, "*der geschützte funktionierende Marktwettbewerb kann nur dann Schaden erleiden, wenn die durch Schmiergeld beeinflussten Entscheidungsträger nicht mit dem Unternehmer identisch sind*"²⁸⁸. A sostegno di questa dottrina, si può richiamare anche il contenuto del Rapporto GRECO 2009, sopra menzionato, secondo cui "*independent business owners cannot commit a breach of duties against themselves*". Stando a queste interpretazioni, il § 299 StGB sarebbe perfettamente coerente con le prescrizioni europee secondo cui i soggetti corrotti possono essere coloro che "*svolgono funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo*". Tuttavia, si vedrà nelle pagine seguenti, che tale impostazione può essere facilmente criticata.

Nell'ottica del rapporto tra il Principale e i suoi dipendenti, qualcuno potrebbe obiettare che, solitamente, il soggetto subordinato che commette il fatto è legato al Principale (*Geschäftsherrn*) da una dipendenza molto forte, tanto che il *Geschäftsherrn* dovrebbe essere considerato responsabile per le azioni corruttive integranti la fattispecie del § 299 tenute dall'*Angestellte* o dal *Beauftragte*. La dottrina tedesca però, di fronte a una tale obiezione, rimane ferma sull'opinione che, "*der durch den Tatbestand des § 299 StGB geschützte Markt steht nicht zur Disposition des Geschäftsherrn*"²⁸⁹. Il titolare dell'impresa, quindi, in linea generale, non potrà essere punito per il fatto di un soggetto a lui sottoposto.

La cerchia dei soggetti attivi incontra poi un'altra limitazione: *Angestellte* e *Beauftragte* devono ricoprire le proprie qualifiche in un "*geschäftlich Betrieb*": con questa espressione si intendono solo quelle imprese "*die außerhalb des reinen Privatbereichs durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt*"²⁹⁰. Quindi, secondo la dottrina tedesca, non

²⁸⁷ Sul tema vedi H. SCHWIER, *Der Schutz der „Unternehmerischen Freiheit“ nach Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Darstellung der tatsächlichen Reichweite und Intensität der grundrechtlichen Gewährleistung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Peterlang, 2008, p. 1 ss

²⁸⁸ Così, SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 126

²⁸⁹ PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr. Schmiergeldzahlungen und die Folgen*, Kohlhammer, 2011, p. 15

²⁹⁰ I. KÜHL, *Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelversorgung*, Springer, 2013, p. 186; BGHSt 2, 396; 10, 366

rientrerebbero nella definizione di “*geschäftlich Betrieb*”, da una parte, quelle imprese costituite fin dal principio per scopi solo privati e, dall'altra, quelle imprese di diritto pubblico, attraverso le quali lo Stato svolge le proprie funzioni, caratterizzate dall'essere completamente estranee al mercato privato concorrenziale e che, quindi, non prendono parte agli scambi economici tra privati²⁹¹.

Infine, per comprendere al meglio la norma, è necessario definire più precisamente chi sono e quali caratteristiche possiedono i soggetti corruttibili del § 299, abs. 1, quindi i dipendenti e subordinati.

Angestellter è colui che si trova, di fatto (*faktisch*) in un rapporto di servizio (*Dienstverhältnis*) con il titolare dell'impresa. Tale rapporto di servizio si esplica attraverso l'assoggettamento dell'*Angestellter* alle direttive del *Geschäftsherrn*. La giurisprudenza tedesca poi, ha ampliato sempre più la nozione in esame, andando forse oltre ciò che il legislatore aveva inizialmente stabilito: si è ritenuto che per integrare la qualifica di *Angestellte* fosse sufficiente l'esistenza di qualsiasi genere di “*Weisungsgebundenheit*” (legame di direzione) nei confronti dei soci. Quindi, secondo questa interpretazione, anche gli amministratori di una società per azioni (*Vorstandsmitglieder*) possono essere i soggetti corrotti²⁹².

Beauftragter è invece colui che, senza essere *Angestellte* o titolare dell'impresa, può svolgere legittimamente mansioni lavorative al suo interno. Per capire meglio, si riporta questo esempio: un architetto viene incaricato da un'impresa della costruzione di una nuova fabbrica. Nell'incarico conferito all'architetto, rientrano anche la scelta dei materiali e delle manifatture: se in questa scelta, l'architetto si farà corrompere al fine di preferire un determinato fornitore invece che un altro, allora potrà essere presa in considerazione la sua punibilità ai sensi del § 299 StGB, in qualità di *Beauftragter*²⁹³.

In chiave comparatistica, si noti come il legislatore italiano si sia preoccupato di delineare in modo più dettagliato la cerchia dei soggetti corruttibili, che risulta così molto più ampia rispetto a quella del § 299 StGB e non vincolata dalla presenza di un rapporto di subordinazione o dipendenza.

²⁹¹SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 127

²⁹²PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr*, cit., p. 11

²⁹³SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 125

b) il vantaggio (*Vorteil*)

Il § 299 StGB, come tutte le fattispecie di corruzione, prevede che, il soggetto corrotto, a fronte delle sue azioni, ottenga un vantaggio (*Vorteil*). Il *Vorteil* costituisce il corrispettivo del comportamento sleale tenuto dall'*Angestellter* o dal *Beauftragter*²⁹⁴.

Per riempire di significato la nozione di *Vorteil*, la letteratura scientifica tedesca utilizza come punto di partenza l'interpretazione data allo stesso elemento nell'ambito della corruzione pubblica (§ 331 ss.), precisando, tuttavia, che possono sussistere alcune sostanziali differenze tra il "vantaggio" ottenuto nel settore pubblico e in quello privato²⁹⁵.

Una definizione immediata e completa del *Vorteil*, e idonea ad adattarsi anche al settore privato, è contenuta in una sentenza del BGH relativa alla nozione del "vantaggio" nella corruzione pubblica. La sentenza afferma che "*wird als Vorteil jede Besserstellung der wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage des Bestochenen angesehen, auf die dieser keinen Anspruch hat*"²⁹⁶.

Laddove questi vantaggi siano materiali, come, per esempio „*Geldzuwendungen in jeder Form*” in particolare "*Provisionen, Rabatte, Verkaufsprämien, Sondervergütungen, zinlose Darlehn, unmittelbare Honorare*”, non sussistono grossi problemi di interpretazione. Quando invece si tratta di "*immaterielle Vorteile*"²⁹⁷ (vantaggi immateriali) sorgono, nell'interpretazione e applicazione della norma, maggiori difficoltà, equiparabili a quelle presenti nella corruzione pubblica (e non diverse dalle problematiche sorte in Italia in merito allo stesso elemento).

In questa sede, pare, invece, più utile ricordare l'importanza che assume il criterio della *Sozialadäquanz*²⁹⁸, secondo il quale, alcuni vantaggi, insignificanti o, appunto, socialmente adeguati, non possono integrare gli estremi del reato. Si tratterebbe di *Vorteile* di entità tale da escludere la possibilità che siano stati rilevanti ai fini della decisione illegittima - di favorire qualche d'uno nella concorrenza - dell'*Angestellter* o del *Beauftragter*. La *Sozialadäquanz* acquista rilevante importanza nella vita economica, perché rappresenta un criterio capace - appunto - di adeguarsi ai principi della vita economica e permette di considerare socialmente adeguata l'accettazione di alcuni vantaggi che, al contrario, nella corruzione pubblica sarebbero idonei a integrare il reato di cui ai §§ 331 ss²⁹⁹. La vita economica è infatti meno formalizzata rispetto all'ambiente, fatto di regole, procedure e burocrazia, in cui si muovono i pubblici funzionari. Per fare un esempio, "*die Annahme von Gelegenheitsgeschenken, Geburtstags- und*

²⁹⁴KAPELLER, *La corruzione fra privati nell'ordinamento tedesco*, 15 agosto 2017 in ALTALEX

²⁹⁵SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 145 secondo i quali „Das Handeln des Staates ist gerade nicht vergleichbar mit dem Funktionieren der Wirtschaft. Das Vermeiden von Wettbewerbsverirrungen im Markt ist nicht zu vergleichen mit dem Erhalt des Funktionierens staatlicher Autorität durch die strikte Unverkäuflichkeit von Amthandlungen.“

²⁹⁶BGH, NJW, 2001, 2258

²⁹⁷Per una giurisprudenza sul punto vedi BGH, NJW 2001, 2258; RGSt 48, 291 ff; BGHSt 49, 214 ff; BGHSt 16, 40 f.

²⁹⁸SCHÜNEMANN, *Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur*, in ZRP, heft 3, 2015

²⁹⁹PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr*, cit., p. 13

*Weinachtsaufmerksamkeiten gehört für den Angestellten möglicherweise sogar zu seinen Handlungsobliegenheiten, um gegenüber einem langjährigen Geschäftspartner keine atmosphärischen Störungen auftreten zu lassen*³⁰⁰. Nella corruzione dei pubblici funzionari, invece, l'accettazione di vantaggi, come quelli citati nell'esempio, potrebbe integrare il *Vorteil* richiesto dai §§ 331 ss: questo perché, al di fuori della *Privatwirtschaft*, alcune utilità non possono più essere considerate insignificanti.

Infine, un altro elemento che differenzia il *Vorteil* del § 299 StGB da quello dei §§ 331 ss.: nella corruzione del settore privato il vantaggio può raggiungere l'*Angestellter* e il *Beauftragter*, ma anche, in alternativa, una terza persona (quella che la dottrina italiana chiamerebbe "interposta persona"). Si tratta del *Drittvoorteil* (vantaggio del terzo). La possibilità che il vantaggio raggiunga un terzo, invece che l'*Angestellter* e il *Beauftragter*, comporta la necessità di porre maggior attenzione nell'interpretazione di alcune situazioni: per esempio, può accadere che il terzo che riceve il vantaggio sia egli stesso l'impresa o il titolare dell'impresa. In questi casi, il soggetto dipendente e l'imprenditore si troverebbero sulla stessa linea e, pertanto, non sarebbe configurabile alcun *Drittvoorteil* ai sensi del § 299 StGB³⁰¹.

c) l'accordo illecito nella concorrenza (*Unrechtsvereinbarung im Wettbewerb*)

Al Vantaggio cui aspira il soggetto corrotto, corrisponde, come controprestazione, "*die unlautere Bevorzugung des Bestechenden bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb gegenüber*". Affinchè vengano integrati gli estremi del reato è, quindi, necessario che tutte le azioni compiute dai soggetti, attivo e passivo, ineriscano all'*Unrechtsvereinbarung im Wettbewerb*. Si cercherà ora di analizzare tutti gli elementi della norma che aiutano a delineare le caratteristiche di un tale accordo illecito realizzato in ambito concorrenziale.

Innanzitutto, è necessario che la promessa o l'accettazione del *Vorteil*, di cui si è detto nelle pagine precedenti, sia in stretto collegamento con l'esistenza di condizioni concorrenziali. La concorrenza presuppone la presenza sul mercato di almeno due concorrenti. I due, o più, concorrenti (*Mitbewerber*), per essere tali, „*müssen Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den Verkehr bringen*“³⁰².

In questo contesto, dottrina e giurisprudenza³⁰³ hanno affermato che, è sufficiente, nella rappresentazione del fatto compiuta dal soggetto agente, che le sue azioni siano ritenute da lui stesso idonee ad ottenere la propria preferenza,

³⁰⁰ SOMMER-SCHMIZ, *PraSiswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 146

³⁰¹ WALTER, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Internationale Vorgaben und deutsche Strafrecht*, Centaurus, 2011, p. 28

³⁰² BGH, NJW 2006, 3290, 3298

³⁰³ Vedi TIEDEMANN, *StGB, Leipziger Kommentar, De Gruyter, 2008, § 299*; per la giurisprudenza vedi *BGHSt 49, 214, 228*

o quella di un terzo, nella concorrenza: in questo modo l'elemento del *Bevorzugung im Wettbewerb* viene "soggettivizzato", non rilevando l'eventuale danno concreto causato al concorrente e contando solo, ai fini dell'integrazione del reato, la rappresentazione fatta dal soggetto agente (*nach der Vorsellung des Täters*). A questo proposito, tuttavia, è necessario puntualizzare che l'interprete, non sempre può affidarsi ciecamente alla rappresentazione fatta dal soggetto agente: se, infatti, non sussiste alcun *konkrete Wettbewerbsverhältnis* (un concreto rapporto concorrenziale), non è pensabile che sia stata realizzata una *Bevorzugung im Wettbewerb*: "*ein nur theoretisch denkbarer Zugang eines Konkurrenten zum Marktgeschehen schafft noch keinen Wettbewerb, der strafrechtlich geschützt werden müsste*"³⁰⁴. La rappresentazione del fatto effettuata dal soggetto agente non può quindi, da sola, costituire la base su cui fondare gli estremi del reato, essendo necessaria anche l'esistenza di un effettivo *konkrete Wettbewerbsverhältnis*.

Il favorire qualcuno nella concorrenza, secondo il testo del § 299 StGB, può verificarsi anche in un mercato estero (*ausländischer Wettbewerb*). Da questo elemento si evince che, per il legislatore tedesco, la lotta alla corruzione, al fine ottenere dei risultati soddisfacenti, deve avvenire a livello mondiale. Nel *Gesetzentwurf* del Governo tedesco del 18 marzo 2015, si legge, infatti, che "*Allerdings macht Korruption vor staatlichen Grenzen heute nicht mehr Halt. Die enge Zusammenarbeit vieler Staaten im Weltmarkt, die Öffnung der Grenzen und der wachsende Einfluss internationaler Organisationen führen dazu, dass Korruptionstaten auch über Staatengrenzen hinweg und im internationalen Bereich begangen werden. Die effektive Bekämpfung grenzüberschreitender Korruption ist im Interesse der Sicherung des Vertrauens in die staatlichen und internationalen Institutionen, aber auch zur Erhaltung und zum Schutz des freien und fairen internationalen Wettbewerbs erforderlich. Daher unterstützt die Bundesrepublik Deutschland die Schaffung internationaler Rechtsinstrumente zur Bekämpfung der Korruption nachdrücklich. Um möglichst gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Unternehmen im Weltmarkt zu schaffen, ist ein koordiniertes Vorgehen der Staatengemeinschaft gegen Korruption erforderlich.*"³⁰⁵.

Naturalmente, il fatto che il reato in esame possa essere integrato anche in un mercato concorrenziale estero, pone un problema di applicazione della legge penale nello spazio: la dottrina tedesca afferma che, nel caso del § 299 StGB, sarà applicabile il § 7 StGB³⁰⁶ (e non il § 5 StGB, valido solo per la

³⁰⁴SOMMER-SCHMIZ, *PraXiswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 151. Gli autori fanno anche una lunga, ma interessante, digressione sul rapporto tra il § 299 StGB e il regime economico di Monopolio: cominciano l'analisi con la frase „Für Monopolisten existiert ein solcher konkreter Wettbewerb nicht“, ma effettuano poi una ricerca sulle possibilità e limiti dell'esistenza del reato in esame in un regime monopolistico. Si vedano pertanto le pagine 151-153.

³⁰⁵BT-Drucks 18/4350, consultabile su <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/043/1804350.pdf>

³⁰⁶Il testo del § 7 StGB, Geltung für Auslandsstaaten in anderen Fällen:

„(1) Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.
(2) Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter

1. zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist oder

corruzione pubblica). Tuttavia, alcuni affermano che, indipendentemente dalle regole di applicazione della legge penale nel tempo e nello spazio, il mercato concorrenziale all'estero debba comunque e, in ogni caso, essere tutelato: ciò implicherebbe che, se nel territorio estero mancasse una norma paragonabile al § 299 StGB, sarebbe comunque applicabile la norma tedesca in esame³⁰⁷.

È poi fondamentale specificare che il "favorire qualcuno nella concorrenza" deve avvenire in modo sleale (*in unlautere Weise*). Esiste una *Bevorzugung* "wenn Vorteile gegenüber Mitbewerbern gewährt werden. Das ist der Fall, wenn eine Besserstellung anvisiert wird, auf die der Täter keinen Anspruch hat"³⁰⁸ e tale preferenza è sleale „wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regeln des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen“³⁰⁹. L'*Unlauterkeit* (la slealtà), che deve accompagnare la "preferenza nella concorrenza", rappresenta, pertanto, la linea di separazione tra le decisioni legittime e quelle illegittime dei soggetti dipendenti.

In questo contesto è importante ricordare che, una *unlautere Bevorzugung* non deve, per forza, esplicitarsi in un comportamento contrario ai doveri nei confronti del Geschäftsherrn, dal momento che „die Unlauterkeit bezieht sich ausschließlich auf das Verhalten gegenüber den Mitbewerbern, nicht gegenüber den Geschäftsherrn“³¹⁰.

Infine, la norma prevede che *l'unlautere Bevorzugung*, oggetto dell'*Unrechtsvereinbarung*, avvenga „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ (letteralmente, „in riferimento a merci o prestazioni di servizi“). Tali espressioni, per essere coerenti con il senso del § 299 StGB, devono essere interpretate in senso economico. Pertanto, „Waren sind alle wirtschaftlichen Sachgüter, die Gegenstand des Handels sein können“, mentre „gewerbliche Leistungen umfassen alle geldwerten Leistungen des gewerblichen und geschäftlichen Lebens wie Dienstleistungen, Bankkreditgewährung, Personaleinstellung-und-vermittlung“³¹¹.

-
2. zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und, obwohl das Auslieferungsgesetz seine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe, nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungersuchen innerhalb angemessener Frist nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist.“

³⁰⁷ SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 156; PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr*, cit., p. 17

³⁰⁸ Così, TIEDEMANN, *StGB, Leipziger Kommentar*, cit., § 299

³⁰⁹ Così, PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr*, cit., p. 17

³¹⁰ WALTER, *Bestechlichkeit und Bestechung*, cit., p. 35

³¹¹ Così, PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr*, cit., p. 17

d) le condotte (*Tathandlungen*)

La modalità delle condotte descritte nel § 299, abs. 1 (corruzione attiva) e § 299, abs. 2 (corruzione passiva) StGB, non sono diverse da quelle caratterizzanti i corrispondenti reati di corruzione pubblica³¹².

Innanzitutto, per quanto riguarda la corruzione attiva, l'*Angestellter*, o il *Beauftragter*, integra gli estremi della condotta descritta dal § 299 StGB quando chiede (*fordert*), si fa promettere (*sich versprechen lässt*) o accetta (*annimmt*) il vantaggio.

Il fatto di favorire qualcuno nella concorrenza (*Bevorzugung*) non rientra, invece, nella descrizione del fatto (*Tatbestand*), visto che tale fatto, come si è già detto, deve solo raffigurarsi nella rappresentazione e volontà del soggetto agente.

Relativamente all'elemento del *Vorteil*, tra le condotte citate, quella dell'accettazione (*Annahme*) costituisce sicuramente l'effettiva realizzazione dell'accordo illecito. Tuttavia, anche le altre due condotte, pur senza ottenere lo stesso risultato dell'accettazione, costituiscono il contenuto dell'*Unrechtsvereinbarung*³¹³.

Tra le tre condotte previste dalla norma, quella che pone maggiori difficoltà è senza dubbio la prima, la richiesta (*Forderung*). La richiesta di un vantaggio infatti, costituisce un comportamento unilaterale e, pertanto, non è immediato individuare la sua concordanza con le corrispondenti condotte passive. La dottrina ha, tuttavia, individuato delle possibili soluzioni. Per esempio "*Beiläufig geäußerte Vortellungen, die darüber hinaus keinen eindeutigen objectiven Gehalt haben, könnten daher nur selten als Tathandlung des Forderns angesehen werden. Vielmehr muss für einen objectiven Beobachter das Verhalten des Angestellten/Beauftragten eindeutig dahingehend zu verstehen sein, dass er tatsächlich einen bestimmten konkreten Vorteil von de Angesprochenen verlangt und diesen Vorteil auch ebenso eindeutig mit der realistischen Bereitschaft zur unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb verknüpft.*"³¹⁴

L'Angestellte e il Beauftragte devono poi agire intenzionalmente (*vorsätzlich*): ciò implica che devono aver compreso il significato della norma e devono aver voluto la realizzazione del fatto in essa descritto.

Per quanto riguarda, infine, la corruzione passiva, un soggetto integra gli estremi della condotta descritta dal § 299 StGB, quando offre (*anbietet*), promette (*verspricht*) o concede (*gewährt*) il vantaggio. Tutte queste condotte corrispondono a quelle previste dalla forma attiva.

³¹²Il § 331, abs. 1 StGB è così formulato "Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausbübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft". Le condotte sono esattamente le stesse.

³¹³A. NÖCKEL, *Grundprobleme zu §299StGB*, in ZJS, Heft 1, 2013, p. 53

³¹⁴Così, SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 164

Dal punto di vista soggettivo, anche il corruttore deve agire intenzionalmente³¹⁵.

e) il contesto: *Handeln im geschäftlichen Verkehr*

Le condotte appena analizzate, del corrotto e del corruttore, per essere punite, devono essere realizzate *im geschäftlichen Verkehr* (attività commerciali). Le operazioni meramente private non rientrerebbero quindi nella fattispecie. Per esempio, se il corruttore è un consumatore finale (*Endverbraucher*), non può venire in questione il § 299 StGB, dal momento che la norma in esame non tutela la concorrenza nei confronti dei clienti finali, ma solo negli scambi commerciali che precedono l'incontro con il consumatore finale³¹⁶. Trovarsi nell'ambito di un *geschäftlichen Verkehr* significa far parte di un regime concorrenziale e, è evidente, il consumatore finale non prende le proprie decisioni in un mercato concorrenziale. Si può concludere affermando che è fondamentale che „*der Täter zur Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks handelt. Erfasst wird dabei jede Tätigkeit, die zu wirtschaftlichen Zwecken erfolgt, nicht aber werden private, gemeinnützige oder hoheitliche Handlungen erfasst*“³¹⁷.

Una tale limitazione non è invece presente nell'art. 2635 del codice civile italiano. La corruzione privata in Italia, dopo la riforma del 2017, può verificarsi in qualsiasi settore in cui operi un'entità privata.

3.2.4 *Geschäftsherrenvariante: a) una nuova fattispecie*

Come già anticipato nelle pagine precedenti, nel 2015 viene emanata la nuova *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* che introduce, accanto al *Wettbewerbsmodell*, un nuovo modello di tutela nel § 299 StGB, il *Geschäftsherrnmodell*. La dottrina³¹⁸ si è fin da subito trovata in difficoltà nella ricerca di una giustificazione per l'introduzione di tale norma: come si è già visto, infatti, il tempo di cinque anni dato agli Stati per dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione del paragrafo 1 della Decisione quadro 2003/568/GAI alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza

³¹⁵A. NÖCKEL, *Grundprobleme zu §299StGB*, cit., p. 56

³¹⁶BGHSt, 396,f.

³¹⁷A. NÖCKEL, *Grundprobleme zu §299StGB*, cit., p. 53

³¹⁸La dottrina sul punto si basa principalmente sull'analisi di M.KUBICIEL, KUBICIEL M., *Bestechung und Bestechlichkeit*, cit., p 667-668

riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali era già scaduto nel 2010. Tuttavia, il governo tedesco intendeva, ad ogni costo, inserire nel § 299 StGB l'elemento "*Verletzung von Pflichten*" (violazione di un dovere) caratterizzante la formulazione del reato nella norma europea (Articolo 2, paragrafo 1 Decisione quadro) e così fece, nel 2015, con l'introduzione del *Geschäftsherrnmodell*.

La nuova versione fu inserita nei numeri 2 del primo e del secondo comma del § 299 StGB. Le parole utilizzate per la descrizione del fatto sono identiche a quelle usate nel *Wettbewerbsmodell*: anche nella variante del 2015, il legislatore ha previsto che deve essere configurarsi un *Unrechtsvereinbarung* (accordo illecito), nel quale l'*Angestellter/Beauftragter* mette in atto le stesse condotte (*fordert, sich versprechen lässt o annimmt*) descritte nel modello concorrenziale, a fronte del guadagno di un *Vorteil* e sempre "*bei Bezug von Waren und Dienstleistungen*". Gli elementi di novità introdotti dalla riforma del 2015 riguardano la previsione che le condotte siano compiute in primo luogo, senza il consenso della società (*ohne Einwilligung des Unternehmens*) e, in secondo luogo, con il fine dell'*Angestellter/Beauftragter* di realizzare una violazione dei propri doveri nei confronti dell'impresa (*Verletzung von Pflichten des Angestellten gegenüber dem Unternehmen*).

L'obiettivo della determinazione di una preferenza (*Bevorzugung*) del corruttore o di un terzo nella concorrenza, non è più menzionato in questa nuova variante. Pertanto, dopo cento anni di esistenza del solo *Wettbewerbsmodell*, nel quale non era menzionata la "violazione di un dovere", il legislatore del 2015 vi affianca il *Geschäftsherrnmodell*, posto a tutela della Lealtà e Fedeltà (*Loyalität und Treue*) dovute dai soggetti dipendenti all'impresa nella quale sono inseriti³¹⁹.

Dopo l'introduzione della nuova variante, la dottrina non ha potuto fare a meno di chiedersi quale potesse essere il rapporto tra i due modelli del § 299 StGB: il legislatore del 2015 ha voluto creare un'alternativa o un completamento del *Wettbewerbsmodell*? La dottrina ha optato per individuare una continuità tra le due fattispecie – e, quindi, anche una identità dei numeri 1 e 2 della norma – dal punto di vista del piano di tutela (*Schutzrichtung*): tale continuità è stata fondata sul fatto che "*auch das bisherige Wettbewerbsmodell nicht allein der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs diene, sondern letztlich auch dem Schutz der Interessen des Geschäftsherrn. Insofern liege nunmehr eine Erweiterung der Strafbarkeit im Hinblick auf die loyale und unbeeinflusste Pflichterfüllung durch den Angestellten zugunsten des Geschäftsherrn vor*"³²⁰.

L'introduzione del *Geschäftsherrnmodell* ha però generato più critiche che entusiasmo tra i giuristi tedeschi: nelle prossime pagine verrà affrontata l'analisi della disciplina per poi passare a considerare le critiche della dottrina tedesca riferite al nuovo modello.

³¹⁹HOVEN, *Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht- Bemerkungen zu den neuen Strafschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in NstZ, Heft 10, 2015, p. 556

³²⁰Così SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 167; della stessa opinione

³²⁰HOVEN, *Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen*, cit., p. 558

b) *i doveri dell'Angestellter (Pflichten des Angestellten)*

Nella nuova Geschäftsherrnvariante, il disvalore del fatto risiede nella violazione di un dovere, da parte del soggetto dipendente, nei confronti dell'impresa (*Verletzung der Pflichten gegenüber dem Unternehmen*).

È, pertanto, fondamentale, per il giurista, individuare il significato da attribuire a tali doveri (*Pflichten*).

In quest'operazione, non si incontrano difficoltà quando i "doveri" dell'*Angestellter* sono previsti normativamente: in questi casi, sarà immediato per l'interprete riempire di significato questi "doveri", soprattutto se dalla definizione legislativa emerge la possibilità di attribuirvi un senso economico, adatto, quindi, al contesto commerciale in cui la violazione è inserita³²¹.

La dottrina, però, è concorde sul fatto che tali *Pflichten* possano essere individuati anche in altre fonti, non per forza legislative. Questa possibilità mette in crisi il giurista tedesco, il quale dovrà di volta in volta adoperarsi per ricercare i possibili "contenitori" dei Doveri.

L'interpretazione data alla norma dal *Gesetzentwurf* ne agevola sicuramente la comprensione e scioglie eventuali dubbi che l'interprete può incontrare. Il documento, innanzitutto, chiarisce quali possono essere le fonti dei Doveri: si deve trattare di „*Pflichten, die dem Angestellten oder Beauftragten gegenüber dem Inhaber des Betriebes obliegen. Diese können sich insbesondere aus Gesetz oder Vertrag ergeben*“³²². La legge e i comuni contratti rappresentano quindi i „contenitori“ dei *Pflichten* in esame. Il documento continua spiegando cosa non è sufficiente per integrare la violazione dei doveri: „*Nicht ausreichend für eine solche Pflichtverletzung ist allerdings allein die Annahme des Vorteils oder das bloße Verschweigen der Zuwendung gegenüber dem Geschäftsherrn. Der in der Annahme eines Vorteils liegende Verstoß beispielsweise gegen Compliance-Vorschriften des Unternehmens ist daher zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichend.*“ Non sussiste, quindi, alcun *Pflichtverletzung* per il solo fatto di aver accettato un vantaggio e non esiste nemmeno, se tale accettazione rappresenta una violazione delle disposizioni di *Compliance*³²³ interne all'impresa.

Il *Gesetzentwurf* trova poi una soluzione affermando che i Doveri troveranno la propria fonte nella legge e nei contratti, ma solo a una condizione: „*Es muss sich um Pflichten handeln, die sich auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen beziehen. Somit fallen rein innerbetriebliche Störungen nicht*

³²¹A. NÖCKEL, *Grundprobleme zu §299StGB*, cit., p. 54

³²²Drucksache 25/15, 23.01.15 consultabile su <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2015/0025-15.pdf>

³²³Le Compliance-Vorschriften rappresentano „die betriebswirtschaftliche und rechtswissenschaftliche¹¹ Umschreibung für die Regeltreue (auch *Regelkonformität*) von Unternehmen, also die Einhaltung von Gesetzen, Richtlinien und freiwilligen Kodizes. Die Gesamtheit der Grundsätze und Maßnahmen eines Unternehmens zur Einhaltung bestimmter Regeln und damit zur Vermeidung von Regelverstößen wird von der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ als „Compliance Management System“ bezeichnet“, sul tema vedi, ADAMSKI, *Die gesetzliche Konzeption der Bestechungsdelikte. Zugleich ein Vorschlag für eine künftige Fassung der §§ 331 FF. StGB*, PL Academic Research, 2013; GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, C.H.Beck, 2005

unter den Tatbestand, da es sich insoweit nicht um Pflichten handelt, die sich auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen beziehen“. L'interprete dovrà quindi accertarsi che i doveri violati dall'*Angestellter/Beauftragter* siano riferiti a contesti solo commerciali, in particolare allo scambio di merci e prestazione di servizi. L'espressione "*bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen*" rappresenta, pertanto, la chiave di soluzione per delimitare l'applicazione della norma.

La dottrina – come anche il *Gesetzentwurf* – ha rilevato, fin dalla sua introduzione, che la nuova *Geschäftsherrnvariante* non ha nulla in comune con la fattispecie di *Untreue* di cui al § 266 StGB³²⁴. L'*Untreue* rappresenta, infatti, un delitto a tutela del patrimonio (*Vermögensdelikt*). In sintesi, il reato richiamato disegna la propria condotta esecutiva nelle forme, da una parte, di un abuso del potere di disporre del patrimonio d'altri o di obbligarli (*Mißbrauch einer Verfügungs- Verpflichtungsbefugnis*; § 266, 1. Abs, StGB); dall'altra, di violazione di un dovere di cura del patrimonio altrui (*Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht*; § 266 2. Abs. StGB). Le due varianti, lungi dal rappresentare autonome fattispecie di reato, sono in realtà "due teste dello stesso corpo": l'evoluzione giurisprudenziale condotta dalle corti tedesche attraverso i decenni ha già messo in luce ciò che qui anteriormente si dichiarava, ossia che l'abuso del potere costituisce già di *per sè* una violazione del dovere³²⁵. Il § 266 StGB fa indubbiamente riferimento a violazioni di doveri e violazioni di rapporti fiduciari, ma la distanza dal § 299 StGB è evidente, da una parte, nel differente bene giuridico tutelato (rispettivamente, il patrimonio e la Lealtà e Fiducia nei confronti della società) e dall'altra, nel contesto in cui i due reati si inseriscono (il § 299 StGB riguarda solo le violazioni di Doveri in ambito commerciale). La problematica appena esposta non è diversa da quella che si incontra nell'ordinamento italiano, vale a dire la differenza tra l'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. e la corruzione tra privati: anche in questo caso, le due fattispecie sono poste a tutela di beni giuridici diversi (l'integrità del patrimonio sociale per l'art. 2634 c.c.).

In conclusione, si ricordi che la violazione del dovere nella *Geschäftsherrnvariante*, come la *Bevorzugung im Wettbewerb* nella *Wettberbsvariante*, non rientra nelle condotte tipiche descritte dalla norma, ma deve costituire l'oggetto della rappresentazione e volontà del soggetto agente.

³²⁴Il testo del § 266 StGB prevede che „(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.“

³²⁵P.NUVOLONE, *Infedeltà patrimoniale*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971, p. 440

c) il fatto compiuto in mancanza del consenso dell'impresa (*ohne Einwilligung des Unternehmens*)

Nel nuovo *Geschäftsherrnmodell* è presente un'altra fondamentale limitazione della punibilità. Ci si riferisce all'espressione "*ohne Einwilligung des Unternehmens*", inserita dal legislatore del 2015 sia nella fattispecie di corruzione passiva che in quella attiva. Tale limitazione comporta che, gli estremi del reato in esame non potrebbero considerarsi integrati, se l'impresa avesse in qualche modo dato la sua autorizzazione alla realizzazione di quel fatto corruttivo³²⁶. Pertanto, solo coloro che giungono a un accordo illecito senza il consenso dell'impresa, potranno essere punibili ai sensi del § 299 StGB.

Il fatto che il consenso dell'impresa alla realizzazione dell'accordo illecito non porti all'integrazione degli estremi del reato, può essere ricondotto all'esclusione del titolare dell'impresa dalla cerchia dei possibili soggetti attivi: come si è già fatto notare nelle pagine precedenti, il *Geschäftsinhaber* gode della libertà imprenditoriale (*Unternehmerischen Freiheit*) nell'ambito delle sue decisioni e quindi, qualsiasi decisione assunta da questo non sarebbe idonea a danneggiare il mercato concorrenziale. Nel contesto del *Geschäftsherrnmodell*, quanto appena precisato si collega con l'espressione *ohne Einwilligung des Unternehmens* nel senso che, l'autorizzazione del *Geschäftsinhaber* realizzerebbe il diritto ad esercitare la libertà imprenditoriale nell'ambito delle sue decisioni e, pertanto, renderebbe lecito l'*Unrechtsvereinbarung* compiuto dai soggetti a questo sottoposti.

Ci si può poi chiedere se un'autorizzazione tardiva (*nachträglichen Zustimmung*) dell'impresa possa essere sufficiente a rendere lecito un accordo corruttivo già realizzato. Se nei reati di corruzione pubblica il consenso tardivo dell'autorità competente è esplicitamente ammesso³²⁷, nel contesto della corruzione privata tale consenso deve ritenersi, invece, non ammissibile. Siffatta conclusione è dedotta da una parte, dall'utilizzo del termine "*Einwilligung*" che, secondo la dottrina non può riferirsi ad un momento tardivo e dall'altra, dal fatto che il *Gesetzentwurf* non menziona una tale possibilità³²⁸. Stando a un'argomentazione espressa in una seduta della commissione giuridica del Governo tedesco³²⁹, non avrebbe senso parlare di "consenso tardivo" per il fatto che, il reato in esame è perseguibile a querela della persona offesa: pertanto, l'autorizzazione tardiva dell'impresa si manifesterebbe nella rinuncia al proporre querela e non avrebbe quindi senso prevederla esplicitamente. Tuttavia, quest'argomentazione dimentica di considerare che il § 301 (*Strafantrag*), di cui si parlerà nel prossimo paragrafo, contempla la possibilità di una procedibilità d'ufficio, in caso di un particolare interesse pubblico (*besondere öffentliche*

³²⁶SOMMER-SCHMIZ, *Praziswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 170

³²⁷Il § 331, Abs. 3 StGB prevede che "Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen läßt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt."

³²⁸Così, R. KRACK, *Entschleierte Schmiergelder nach der Reform des §299 StGB*, in ZIS, Heft 2, 2016, p. 86

³²⁹Argomentazione espressa da Gindel, BT-Plenarprotokoll 18/30 consultabile su <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/18/18130.pdf>

Interesse). In tal caso, il consenso tardivo dato dall'impresa non avrebbe alcun rilievo e i soggetti dipendenti non sarebbero adeguatamente tutelati. È, infatti, necessario che, l'*Angestellter* e il *Beauftragter* "davor geschützt werden, dass der Geschäftsherr zunächst genehmigt und dann doch über seinen Strafantrag die Strafbarkeit herbeiführt"³³⁰.

È poi imprescindibile capire chi, nell'impresa, sia titolare del potere di disporre l'*Einwilligung*. Poca utilità hanno le regole di rappresentanza (*Vertretungsrecht*) previste per le imprese: per esempio, può non essere sempre corretto considerare il *Betriebsrat* di un'impresa competente a dare un *Einwilligung*. L'operazione che si deve compiere consiste, invece, nell'individuazione di chi, caso per caso, nell'impresa, impone i doveri ai soggetti sottoposti. Chi detiene questo potere avrà anche il potere di disporre autorizzazioni e non è detto che tale competenza spetti sempre agli organi di rappresentanza³³¹.

3.2.5 Le aggravanti e la procedibilità

In Germania la legge fissa, in alcune ipotesi, aggravanti o attenuanti indefinite cui si accompagna una modifica dei limiti edittali, che non consiste però, come avviene in Italia, in un aumento o diminuzione frazionaria della pena prevista per la fattispecie di base, bensì in una ridefinizione dell'intero quadro edittale. Esse vengono indicate come *besonders schwere Fälle* (casi particolarmente gravi) e *minder schwere Fälle* (casi meno gravi)³³².

Le circostanze aggravanti relative al § 299 StGB – come pure ai §§ 299a e 299b StGB – sono previste dal § 300 StGB. La norma dispone che "*In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach den §§ 299, 299a und 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn (1) die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder (2) der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat*".

Il § 300 StGB prevede, quindi, due circostanze aggravanti: la prima concerne il caso in cui il *Vorteil* sia di rilevante entità mentre la seconda il caso in cui il soggetto agente compia il fatto a titolo professionale o sia componente di una *Bande* (una banda, un'associazione criminosa) alla quale si sia legato con il solo fine di realizzare il fatto.

Relativamente alla prima circostanza, sorgono alcune difficoltà nell'interpretazione dell'espressione "*Vorteil großen Ausmaßes*": dare un preciso valore alla "rilevante entità" del vantaggio non è facile. Si è già visto, nelle pagine precedenti, che il *Vorteil* nel settore privato già deve essere filtrato dal principio della *Sozialadäquanz* e, per individuare la presenza o meno dell'aggravante, si

³³⁰Così, R. KRACK, *Entschleierte Schmiergelder*, cit., p. 86

³³¹SOMMER-SCHMIZ, *Praxiswissen Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 170

³³²FORNASARI, I principi del diritto penale tedesco, CEDAM, 1993, p. 509

richiede un ulteriore sforzo da parte dell'interprete. La dottrina consiglia quindi di valutare caso per caso le situazioni e di basarsi, per esempio, su dati fattuali come „*unterschiedlichen Jahresgehälter von Angestellten und Beauftragten sowie generell die unterschiedlichen Lebenssituationen*“³³³.

Relativamente alla prima parte della seconda circostanza, è necessario specificare cosa si intenda per *gewerbsmäßig* (titolo professionale). La giurisprudenza afferma che „*gewerbsmäßigen Handeln anzunehmen ist, wenn aus der wiederholten Begehung einer Tat eine fortlaufende – auch mittelbare – Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang geschafft werden soll*“³³⁴.

Infine, quanto all'ultima circostanza, per *Bande* (associazione criminosa) bisogna intendere un'associazione composta da almeno tre membri, di una certa durata e costituita per realizzare atti corruttivi.

Esaurita la descrizione delle circostanze aggravanti relative al § 299 StGB, si consideri ora il regime di procedibilità (*Strafantrag*). Il § 301 StGB prevede che „(1) *Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.*

(2) *Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben in den Fällen des § 299 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 2 Nummer 1 neben dem Verletzten auch die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Verbände und Kammern*“.

Diversamente dai delitti di corruzione pubblica, la corruzione nel settore privato è di regola procedibile a querela della persona offesa. Pertanto, nel *Wettbewerbsmodell*, legittimati a proporre querela saranno i soggetti nei cui confronti il bene giuridico “concorrenza” è tutelato, vale a dire gli altri concorrenti e i soggetti richiamati nel secondo comma della norma con il rinvio alla UWG.

Nel *Geschäftsherrnmodell*, invece, legittimato sarà il *Geschäftsherr dell'Angestellter/Beauftragter*, il quale ha dovuto sopportare la violazione dei doveri nei suoi confronti da parte di questi ultimi.

Tuttavia, la norma prevede anche la possibilità di una procedibilità d'ufficio, quando sussiste un particolare interesse pubblico (*besondere öffentliche Interesse*). In questi casi la StA (*Staatsanwaltschaft*) potrà decidere di propria iniziativa l'apertura delle indagini relative al fatto verificatosi, senza la necessità di una querela da parte dei soggetti danneggiati. Individuare un *besondere öffentliche Interesse* non sarà però sempre un'operazione facile. La dottrina è riuscita a trovare delle soluzioni a riguardo: la StA potrà sicuramente procedere d'ufficio quando, oltre al fatto descritto dal § 299 StGB si verifica anche

uno dei *besonders schwerer Fall* elencati al § 300³³⁵
oppure, “*wenn*

³³³; GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, cit., p. 223

³³⁴BGHSt 1, 383; BGHSt 29, 189, wistra 1999, 465 ff.; si può parlare di *Gewerbsmäßigkeit* per esempio quando „der Täter als Repräsentant eines Unternehmens wiederholt und/oder in ständiger Übung Bestechungen begeht, um dem Unternehmen eine fortlaufende Einnahmequellen zu verschaffen, sofern der Repräsentant sich ebenfalls mittelbare Vorteile, also Provisionen o.ä., aus Tathandlungen verspricht.“ In GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, cit., p. 225

³³⁵ADAMSKI, *Die gesetzliche Konzeption der Bestechungsdelikte*, cit., p. 158

*Besonderheiten in der Fallgestaltung vorliegen, die den Fall als nicht geringfügig erscheinen lassen*³³⁶.

3.2.6 Criticità e considerazioni conclusive

Le critiche rivolte al § 299 StGB concernono soprattutto l'introduzione della nuova Geschäftsherrnvariante.

In primo luogo, la nuova variante rappresenta una fattispecie ibrida (*Hybridtatbestand*), caratterizzata dalla tutela di un nuovo bene giuridico che, secondo la dottrina – anche italiana – non comporta un'offensività idonea a fondare la criminalizzazione di un fatto (vedi Capitolo II, paragrafo 2.1.3). Inoltre, con la creazione del nuovo ambito di tutela, il legislatore del 2015 ha determinato un'incoerenza nella posizione della norma nel codice penale: il § 299 StGB è rimasto infatti nel ventiseiesimo *Abschnitt* dello *Strafgesetzbuch*, vale a dire tra i "*Straftaten gegen den Wettbewerb*", anche se la nuova fattispecie non ha nulla a che vedere con la tutela della leale concorrenza³³⁷.

In secondo luogo, la nuova *Geschäftsherrnvariante* si pone in una linea di tensione con il reato di *Untreue* di cui al § 266 StGB. Il nuovo modello del § 299 StGB, incentrato sulla tutela della Lealtà e Fiducia verso il Geschäftsherrn e sulla violazione di un dovere nei suoi confronti, mina il campo di applicazione dell'*Untreue*, che, come si è già detto, tutela sì il patrimonio, ma lo fa attraverso l'incriminazione atti compiuti in violazione di doveri. Il fatto che una *Pflichtverletzung* sia presente in entrambi i reati, ha causato, almeno all'inizio, una difficoltà di coordinamento tra le due norme e, anche se la dottrina è riuscita sciogliere i nodi interpretativi³³⁸, non si può fare a meno di pensare che il legislatore del 2015 abbia introdotto una norma superflua e non necessaria nel contesto dell'ordinamento tedesco³³⁹.

³³⁶Così, In GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, cit., p. 225

³³⁷HOVEN, *Aktuelle rechtpolitische Entwicklungen*, cit., p. 557, secondo il quale è tuttavia possibile interpretare il Geschäftsherrmodell, e in particolare, la „violazione di un dovere“ in un'ottica concorrenziale (*wettbewerbsbezogene Auslegung der Pflichtverletzung*). Secondo questa impostazione, nel § 299 abs 1, n.2 e abs.2, n.2, non esiterebbe alcuna "Schutzvorschrift für die Loyalitätsinteressen des Arbeitsgebers, sondern ein auf den Wettbewerb gerichtetes abstraktes Gefährdungsdelikt. Tatbestandsmäßig wären hiernach allein solche Pflichtverletzungen, die ausschließlich oder primär dem Schutz des Leistungswettbewerbs dienen. Arbeitsvertragliche Pflichten die allein auf die Durchführung der Leistung gerichtet sind, bleiben von Tatbestand ausgenommen". Di questa opinione è soprattutto M.KUBICIEL, *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr*. Una tale impostazione pare, però, un'eccessiva forzatura della lettera della norma e, a parere di chi scrive, non può essere accettata.

³³⁸Vedi paragrafo 3.2.4 lett. b) in questo capitolo; vedi anche SCHÜNEMANN, *Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur*, in ZRP, heft 3, 2015, p. 68, secondo il quale, la differenza tra le due fattispecie consiste nel fatto che il § 299 StGB prevede un'anticipazione della tutela rispetto al § 266 StGB

³³⁹Così, HOVEN, *Aktuelle rechtpolitische Entwicklungen*, cit., p. 557

In terzo luogo, non convince, sempre nel *Geschäftsherrnmodell*, l'espressione "*ohne Einwilligung des Unternehmens*": da una parte, come si è già fatto notare nelle pagine precedenti, il fatto che la norma non ammetta un consenso tardivo, conduce ad un'ingiusta e non accettabile incriminazione dell'*Angestellter/Beauftragter*. Dall'altra, una certa dottrina³⁴⁰ critica l'espressione "*ohne Einwilligung des Unternehmens*" anche in un altro senso: la mancanza del consenso dovrebbe essere riferita non alle condotte "*fordert, sich versprechen lässt oder annimmt*" e "*dafür anbietet, verspricht oder gewährt*", ma all'intero *Unrechtsvereinbarung* unitamente, quindi, alla violazione del dovere. Solo in questo modo, stando a questa critica, l'*Angestellter* potrebbe essere effettivamente tutelato.

Relativamente al *Wettbewerbsmodell*, gran parte della dottrina ha criticato l'assenza del *Geschäftsinhaber* nella cerchia dei soggetti punibili: come già visto (paragrafo 3.2.3, lett. a), si è sempre giustificata tale scelta sul presupposto che, il titolare dell'impresa gode della libertà imprenditoriale e, rientrando ogni sua decisione in questa libertà, il titolare non potrebbe ledere in alcun modo la leale concorrenza. Tuttavia, quest'argomentazione non ha più senso nel momento in cui si pone una linea di demarcazione tra "libertà imprenditoriale" e "concorrenza": infatti "*die unternehmerischer Freiheit endet dort, wo das geschützte Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs beginnt*"³⁴¹. In questo senso, anche il *Geschäftsinhaber* potrebbe rendersi colpevole di un atto corruttivo lesivo della leale concorrenza e pertanto, pare giusto criticare e considerare insensata l'assenza del *Geschäftsinhaber* nella cerchia dei soggetti punibili. Tale considerazione può essere supportata anche dal contenuto della Decisione quadro 2003/568/GAI, in cui si afferma che il soggetto corrotto deve essere "*einer Person, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist*". Per "*leitender Stellung*" s'intende una posizione apicale, di reponsabilità e non si comprende per quale motivo il *Geschäftsinhaber* non potrebbe ricoprire una tale posizione.

Rapportando il § 299 StGB con quanto prescritto dalla Decisione quadro 2003/568/GAI, si noti come la norma tedesca non possa considerarsi perfettamente conforme al diritto europeo nei seguenti punti: il § 299 StGB non fa alcun riferimento a ipotesi di istigazione e favoreggiamento (Art. 3 Decisione quadro); l'ambito applicativo della norma è limitato solo al "*geschäftliche Betrieb*" e non a tutte le entità del settore privato (per essere coerente, la norma avrebbe dovuto prevedere la punibilità in tutti i contesti in cui esista una *Wirtschaftseinheit*, con o senza scopo di lucro, come prevede la decisione europea); il reato di corruzione privata tedesco non prevede la punibilità del *Geschäftsinhaber* come soggetto corrotto.

Per quanto riguarda invece la previsione dell'art 5 della Decisione quadro, vale a dire la responsabilità delle persone giuridiche, il legislatore tedesco non ha potuto conformarsi, data l'assenza, nell'ordinamento tedesco della responsabilità penale/amministrativa degli enti.

In conclusione, si può affermare che la fattispecie di corruzione nel settore privato, come delineata dal § 299 StGB, appare generalmente efficace ai fini della lotta alla *Wirtschaftskorruption*, ma permangono comunque delle perplessità. La

³⁴⁰ È una critica mossa da R. KRACK, *Entschleierte Schmiergelder*, cit., p. 84-88

³⁴¹ R. STANITZECK, *Die Bedeutung*, cit., p. 225

dottrina tedesca³⁴², pertanto, auspica di poter ottenere dei cambiamenti relativamente alle criticità prima elencate, anche con il fine di rendere la norma conforme al diritto europeo.

³⁴² R. STANITZECK, *Die Bedeutung*, cit., p. 230

EUROPA, ITALIA E GERMANIA: PROFILI COMPARATIVI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

4.1 Uno sguardo d'insieme: art. 2635 c.c. e § 299 StGB a confronto

Esaurita l'analisi delle fattispecie, italiana e tedesca, di corruzione nel settore privato, può essere utile un confronto più preciso tra le due.

Si cominci osservando il periodo in cui la corruzione nel settore privato è stata introdotta nei rispettivi ordinamenti. In Italia, l'art. 2635 c.c. è comparso per la prima volta nel codice civile nel 2002. Tuttavia, come si è ricordato, già negli anni 70' si cominciava a percepire che la corruzione privata può produrre effetti negativi sul sistema economico e sociale e ci si chiedeva se fosse appropriato, dal punto di vista politico-criminale, espandere la rilevanza dei fenomeni corruttivi, dal loro tradizionale settore di pertinenza - quello pubblico - al settore privato³⁴³. Ma, nonostante questi avvertimenti, il legislatore italiano aspettò gli obblighi internazionali prima introdurre la corruzione tra privati nell'ordinamento italiano.

In Germania, invece, la fattispecie di corruzione privata comparve per la prima volta nel 1909 nella *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*. Il § 12 UWG era finalizzato, fin dalla sua prima introduzione, alla tutela della concorrenza leale. In merito a questo punto è evidente una prima rilevante differenza tra i presupposti della corruzione privata nei due Paesi: in Italia non si era mai pensato all'introduzione di una fattispecie di corruzione orientata alla tutela della concorrenza, mentre in Germania si è avvertita questa esigenza ancora nel lontano 1909. Motivazioni di carattere storico possono giustificare una tale divergenza: l'Impero germanico dei primi del 900' era nel massimo del suo sviluppo industriale, le grandi banche erogavano credito alle imprese ed il numero di quest'ultime cresceva sempre più. La necessità di assicurare la tutela di una leale concorrenza tra le nuove realtà economiche appariva, pertanto, necessaria. Il terreno era, quindi, fecondo da una parte, per un'incessante crescita economica e dall'altra, per la commissione di reati di carattere economico. Di conseguenza, tra questi, fu disciplinata la corruzione nel settore privato ai fini della tutela della concorrenza leale. L'Italia dei primi del 900', invece, versava in condizioni economiche diverse, tali da non rendere necessaria l'introduzione di una tutela penale della concorrenza.

Tralasciando le considerazioni di carattere storico, ci si concentrerà ora su di un'analisi comparatistica della sola struttura delle norme, italiana e tedesca.

³⁴³MARINUCCI G.-ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in NUVOLONE P., *Il diritto penale delle società commerciali*, cit.

Con riguardo ai soggetti attivi, è evidente come l'art. 2635 c.c. sia nato nel contesto societario. La norma effettua un'elencazione di soggetti corruttibili che caratterizzano gli organi fondamentali di una società (gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori). Nella fattispecie tedesca, invece, non è presente alcun riferimento al contesto societario, dal momento che il § 299 StGB menziona solo l'*Angestellter* e il *Beauftragter* (se la norma avesse voluto riferirsi al solo contesto societario, avrebbe inserito, tra i soggetti corruttibili, i tipici organi caratterizzanti una *Gesellschaft*)

I contesti, in cui la norma tedesca e italiana sono nate, sono quindi diversi. Tuttavia, la norma italiana, in seguito alle numerose modifiche che l'hanno interessata, è irreversibilmente cambiata, tanto da apparire coerente con le prescrizioni sovranazionali, che prevedono l'incriminazione della corruzione in qualsiasi ambito del settore privato. Infatti, l'art. 2635 c.c. dispone ora, che il fatto possa essere commesso dagli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o qualsiasi ente privato, da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti appena menzionati e da chi ne è sottoposto alla direzione o alla vigilanza. L'elencazione dei soggetti corruttibili è molto ampia e pertanto, esaustiva ai fini dell'adeguamento alle fonti europee.

La norma tedesca, invece, rimane ancorata alle sole attività commerciali (*im geschäftlichen Verkehr*) e prevede l'incriminazione della corruzione nell'ambito delle sole imprese che esercitano tali attività, con esclusione, pertanto, delle restanti entità del settore privato. Inoltre, il § 299 StGB è incompleto anche nell'elencazione dei soggetti corruttibili: solo l'*Angestellter* e il *Beauftragter* possono chiedere, farsi promettere o accettare un vantaggio. Il *Geschäftsherr* (titolare dell'impresa) non è menzionato tra i possibili soggetti corrotti e questa mancanza, secondo la dottrina tedesca, determina un vuoto di tutela. L'art. 2635 c.c., invece, prevede la punibilità di un'ampia cerchia di soggetti, sia in posizione apicale che subordinati, e copre, pertanto, qualsiasi piano di tutela.

Inoltre, da un lato, entrambe le norme contemplano la possibilità che il vantaggio raggiunga un terzo soggetto invece di colui che realizza le condotte ("sollecitano o ricevono per sé o per altri" nel caso italiano e "*einen Vorteil für sich oder einen Dritten*" nel caso tedesco). Dall'altro, la sola norma italiana si spinge oltre, prevedendo che il fatto possa essere commesso "per interposta persona": tale evenienza è prescritta dalle fonti sovranazionali con l'espressione "direttamente o tramite un intermediario". Nella versione tedesca della Decisione quadro si trova invece l'espressione "*unmittelbar oder über einen Mittelsmann*", non riportata però nel testo del § 299 StGB, il quale risulta, pertanto, sotto quest'aspetto non conforme al diritto europeo.

Le condotte descritte dall'art. 2653 c.c. e dal § 299 StGB sono invece identiche e ricalcano pedissequamente quelle prescritte dalla Decisione quadro 2003/658/GAI ("sollecitare o ricevere o accettare la promessa" per la corruzione privata in Italia e "*fordert, annimmt oder sich versprechen lässt*" per la corruzione privata in Germania).

Le condotte sono realizzate, nella norma italiana, con il fine di “compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti all’ufficio o degli obblighi di fedeltà” e, nella norma tedesca, con il fine di “*einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen*” o con il fine di “*eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze*”. Tali finalità devono essere volute dal soggetto agente nel momento in cui realizza le condotte. Inoltre, per entrambe le fattispecie non è necessario il verificarsi di alcun ulteriore evento per l’integrazione del reato. Pertanto, sia l’art. 2635 c.c. che il § 299 StGB sono reati di mera condotta, conformi al modello sovranazionale prescritto dalla Decisione quadro.

Si ricordino poi le problematiche sorte intorno all’interpretazione degli “obblighi di fedeltà” nella corruzione privata in Italia: la matrice di tali obblighi può essere, infatti, solo l’etica degli affari, con conseguenti rischi di indeterminatezza. Invece, la locuzione “violazione di un dovere”, utilizzata dalla Decisione quadro e dal § 299 StGB (“*Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze*”) è molto più ragionevole ai fini del rispetto dei principi generali del diritto penale.

Per quanto riguarda il regime di procedibilità, sia la norma italiana che quella tedesca prevedono la procedibilità a querela della persona offesa. La norma tedesca predispone, tuttavia, anche la procedibilità d’ufficio nel caso in cui sussista un particolare interesse pubblico (*besondere öffentliche Interesse*), mentre nella norma italiana è presente il comma quinto, il quale contempla la procedibilità d’ufficio, nel caso in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni e servizi. Su quest’ultimo punto e le la sua intrinseca incoerenza, ci si è già soffermati precedentemente (2.2.6) e pertanto, ci si limita ora ad osservare come la norma tedesca, in fatto di procedibilità, sia maggiormente efficace.

Per quanto riguarda la fattispecie di istigazione alla corruzione tra privati, la sola disciplina italiana prevede una tale possibilità, all’art. 2635-bis. Il legislatore tedesco, invece, forse consapevole che l’incriminazione dell’istigazione ad un reato caratterizzato da una già sufficiente anticipazione della tutela avrebbe comportato deficit di determinatezza, non ha introdotto una fattispecie paragonabile all’art. 2635-bis. In questo modo, però, la disciplina tedesca non risulta conforme alla Decisione quadro, che all’art. 3 predispone l’incriminazione di istigazione e favoreggiamento.

Infine, si tenga presente che la sostanziale differenza tra le due norme risiede nel bene giuridico tutelato: l’art. 2635 c.c. posto a tutela della Lealtà e Fiducia dovuta dai soggetti agenti nei confronti dell’ente in cui sono inseriti e il § 299 StGB posto a tutela, da una parte, della leale concorrenza tra gli operatori del mercato e, dall’altra, della Lealtà e Fiducia dovute dai soggetti dipendenti nei confronti dell’impresa.

La norma tedesca, tutelando anche la concorrenza leale, risulta, quindi, maggiormente in linea con quanto previsto dalle fonti sovranazionali rispetto alla norma italiana, che resta imperniata sul modello lealístico-fiduciario, modello al quale la Decisione quadro non fa riferimento e del quale non si sentiva la necessità.

Si è così conclusa la descrizione delle differenze che intercorrono tra le due norme oggetto di questa trattazione.

Nello studio delle fattispecie in esame, sono sorte molte perplessità e molte difficoltà di interpretazione, ma ancor di più, si può affermare che, ciò che maggiormente traspare da quest'analisi, è la difficoltà che i legislatori, italiano e tedesco, incontrano nell'adeguamento della corruzione nel settore privato al diritto europeo. La Decisione quadro 2003/568/GAI ha infatti imposto agli Stati la creazione di un reato e la tutela di un determinato bene giuridico (la concorrenza leale) e, a questo punto, ci si può chiedere se l'imposizione del legislatore europeo sia accettabile o meno e se le prescrizioni penali contro la corruzione nel settore privato, in generale, e l'art. 2635 c.c. e il § 299 StGB, in particolare, sono leggi penali proporzionate, sufficientemente determinate e funzionali.

4.2 La corruzione tra privati alla luce dei principi fondamentali in materia penale

Innanzitutto, si tenga presente che la questione della legittimità delle leggi penali contro la corruzione nel settore privato dipende, in qualsivoglia Stato di diritto, dalla loro aderenza al principio di proporzione. Le leggi sono proporzionate quando corrispondono all'esigenza di promuovere il "bene comune"; inoltre, sono proporzionate quando sono necessarie, nel senso che non vi è possibilità di ricorrere a strumenti di tutela meno gravi; da ultimo, sono proporzionate quando sono adeguate. Le tre caratteristiche appena menzionate non sono altro che espressione di alcuni principi e concetti fondamentali del diritto penale: bene giuridico, *extrema ratio*, meritevolezza e bisogno di pena³⁴⁴.

Alla luce di questi principi, è utile, nella prospettiva delle esigenze del bene comune, impedire la corruzione nel settore privato? *Standards* di comportamento improntati alla lealtà etico-economica, nell'ambito della concorrenza, potrebbero rivelarsi, di per sé, prive di importanza per il bene comune, poiché l'etica, come tale, dovrebbe essere estranea allo Stato di diritto. Si è già detto, per esempio, dei problemi che sorgono in ordine agli "obblighi di fedeltà" dell'art. 2635 c.c.: questi problemi, riguardano l'aderenza di tali obblighi a principi etici-moralistici. Pertanto, si può affermare che, quando l'etica diventa parte fondante del diritto, sopraggiungono perplessità in merito al rispetto dei principi generali del diritto penale.

Ci si domandi ora, se la norma di corruzione nel settore privato, così come strutturata nella Decisione quadro e, quindi, inerente alla sfera economica e posta a tutela della leale concorrenza, rappresenti una fattispecie sensata anche al di fuori del campo etico-morale.

Innanzitutto, si può affermare che la parità di *chances* nella concorrenza economica può corrispondere ad un'esigenza del bene comune (dunque, all'esistenza di un bene giuridico). Per vero, un'estesa autorizzazione a corrompere potrebbe produrre perdita di chances nella concorrenza economica e questo avrebbe, come conseguenza, ulteriori svantaggi, empiricamente

³⁴⁴ ACQUAROLI R.- FOFFANI L. (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit., p. 93

percepibili, sia per un'efficiente allocazione delle risorse – non entrerebbe in azione l'offerta più economica – sia per le imprese, i cui impiegati vengono corrotti.

Qualcuno potrebbe poi obiettare che, nella realtà giuridica compaiono comunque casi di corruzione nel settore privato che possono essere trattati nel campo del diritto civile o del diritto del lavoro. La stessa scienza criminologica richiama l'attenzione sul fatto che al comportamento corrotto possono essere opposte misure di prevenzione criminale di natura non penale. In economia, appartengono a questo ambito le informazioni, l'addestramento e il perfezionamento professionale, la rotazione del personale nei settori sensibili, la separazione delle funzioni, la documentazione completa, il principio del doppio controllo, così come l'istituzione e l'implementazione dei sistemi di revisione interna. In particolare, i codici etici di impresa, la statuizione di un codice di comportamento aziendale e la creazione di una cultura del controllo a tutto campo potrebbero rivelarsi di grande aiuto, quasi a rafforzare la capacità di resistenza interna dei collaboratori³⁴⁵.

Tuttavia, non è possibile comprendere il diritto del lavoro, il diritto civile e la prevenzione criminale come mezzi efficaci quanto il diritto penale. Nella sua funzione di compensazione della colpevolezza e assicurazione della validità della norma attraverso la prevenzione generale negativa e positiva, il diritto penale non è paragonabile al diritto del lavoro, al diritto civile e alla prevenzione criminale. Per questo motivo, pare opportuna l'incriminazione della corruzione nel settore privato: i concorrenti non scesi in campo potrebbero, infatti, non essere stati in grado di impedire i fatti corruttivi con la sola adozione di misure di prevenzione e, pertanto, il ricorso allo strumento penale pare necessario per offrire un'adeguata tutela ai concorrenti.

Un altro problema constatato in relazione alla corruzione nel settore privato è quello del rispetto del principio di determinatezza in materia penale. La disciplina europea ha, infatti, imposto la creazione di una norma a tutela della concorrenza: è naturale che, data la struttura del reato, ad essere tutelata è la concorrenza leale (e non la libera concorrenza). Si è detto che, riferire una fattispecie penale ad un aggettivo, apparentemente così indeterminato, come la "slealtà", genera sicuramente delle perplessità. Si tenga presente, infatti, che l'economia consiste in uno scambio di vantaggi e, pertanto, può essere arduo tracciare i confini tra il normale traffico commerciale e l'inizio della corruzione nel settore privato. In virtù del principio di determinatezza operante nel diritto penale, il legislatore deve privilegiare una norma sufficientemente determinata, che non può essere intesa come "abuso", "lesione di interessi", "trasgressione di norme coniate nella sfera della vita", "di standards generalmente riconosciuti" oppure come "carenze morali".

In questo contesto, è stato detto nella dottrina tedesca³⁴⁶, che il carattere "sleale" del vantaggio (*unlauterer Weise*), si collocherebbe in prossimità di una indeterminatezza che ingenererebbe seri dubbi di conformità ai principi generali

³⁴⁵A. SPENA *Il "turpe Mercato", teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., p. 125

³⁴⁶DANNECKER- SCHRÖDER T., *Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in ZRP, Heft 2, 2015; PRAGAL, § 299 StGB – *keine Straftat gegen den Wettbewerb!*, in ZIS, heft 2, 2006

del diritto penale. L'aggettivo "sleale" sembrerebbe, infatti, riferirsi a parametri etici-morali.

Tale opinione non può essere accolta: voler eliminare una tale soluzione, ritenendo superfluo l'elemento costitutivo del vantaggio accordato "in modo sleale", risulterebbe in ogni caso problematico, atteso che un elemento costitutivo della fattispecie, impiegato dal legislatore per circoscrivere la condotta punibile, verrebbe interamente depotenziato di qualsiasi efficacia delimitativa.

Quindi, contrariamente a quanto affermato dalla tesi sopra esposta, è doveroso limitare la portata dell'elemento costitutivo ai casi di inequivoca e generalmente riconosciuta slealtà.

A conclusione di questo paragrafo, è necessario richiamare l'attenzione su un'ulteriore problematica che il reato di corruzione nel settore privato porta con sé: una siffatta fattispecie può facilmente essere ricondotta alla teoria del "diritto penale simbolico"³⁴⁷. Chiedere agli Stati di criminalizzare gli atti di corruzione che possano danneggiare la leale concorrenza nel settore privato, può tradursi, nei fatti, nella sola richiesta di lanciare, ai cittadini, un messaggio di esplicita intenzione di combattere la corruzione sul suolo nazionale. Alcuni ritengono che il diritto penale simbolico danneggi la validità fattuale e anche normativa del diritto penale, trasmettendo il segnale che ci sono minacce di pena irrilevanti.

Davanti a tali obiezioni non resta che riflettere sulla circostanza che il diritto penale è di per sé provvisto di un elevatissimo valore simbolico, più che in tutti gli altri rami del diritto. Per questo motivo, si deve accettare la criminalizzazione della corruzione nel settore privato, nonostante il suo valore simbolico, e starà poi a un legislatore saggio, sotto il profilo politico-criminale, preoccuparsi di ricomprendere nella fattispecie penale solo una condotta che sia inequivocabilmente meritevole e bisognosa di pena³⁴⁸.

4.3 Unione europea e diritto penale

Giunta la trattazione a questo punto e, realizzato che le fonti sovranazionali rappresentano il punto centrale dell'incriminazione della corruzione nel settore privato, è importante ricordare quali sono le basi giuridiche che legittimano il legislatore europeo a esprimersi in materia penale.

L'attuale norma di riferimento in tema di riavvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri è ora rinvenibile nell'art. 83 TFUE³⁴⁹.

³⁴⁷SILVA SANCHEZ J., *L'espansione del diritto penale- aspetti della politica criminale nelle società post-industriali*, Giuffrè Editore, 2004

³⁴⁸ACQUAROLI R.- FOFFANI L. (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit., p. 93

³⁴⁹Art 83 TFUE "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione

Il primo comma di tale disposizione riprende in larga misura il disposto sostanziale di cui all'art. 31 TUE, nella sua formulazione antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e prevede che l'Unione, mediante il solo strumento della direttiva, possa stabilire norme minime concernenti la definizione dei reati e delle relative sanzioni con riferimento a fattispecie riguardanti il terrorismo, la tratta degli esseri umani, lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti e di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento e la criminalità informatica e organizzata (c.d. eurocrimini).

Lo stesso articolo, al secondo comma, dispone inoltre che il legislatore europeo possa adottare direttive volte al riavvicinamento delle normative penali nazionali anche con riferimento a reati non rientranti nella lista di cui al primo comma, ove la previsione di regole minime comuni concernenti l'identificazione delle condotte illecite e le relative conseguenze sanzionatorie sia indispensabile al fine di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore già oggetto di armonizzazione.

L'art. 83 TFUE, terzo comma, prevede infine che uno Stato membro – qualora esso ritenga che un progetto di direttiva ai sensi dell'art. 83 comma primo o secondo possa impattare su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale – abbia la possibilità d'investire della questione il Consiglio europeo. Nell'ipotesi in cui, in tale sede, non si riesca a trovare un consenso unanime, l'unica soluzione residua, ove vi sia il parere positivo di almeno 9 Stati membri, è quella di una cooperazione rafforzata ai sensi dell'art. 326 TFUE ss. (c.d. freno d'emergenza).

transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76.

3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata.”

L'azione dell'Unione in tema di riavvicinamento delle normative penali degli Stati membri, oltre che muoversi conformemente alla lettera delle predette disposizioni, deve altresì rispettare taluni principi generali e diritti fondamentali. In particolare, alla luce del principio di sussidiarietà, è innanzitutto necessario che l'intervento europeo sia limitato a quei casi in cui il risultato perseguito possa effettivamente essere raggiunto in maniera più efficace tramite l'intervento dell'Unione, piuttosto che mediante l'azione dei singoli paesi³⁵⁰.

L'intervento di carattere penale, in linea con il principio di proporzionalità, deve inoltre costituire una c.d. *ultima ratio*, ossia deve essere impiegato solamente ove la piena attuazione delle politiche rilevanti e le finalità volute non possano essere conseguite per mezzo di interventi di carattere meno invasivo per l'individuo, come misure di natura amministrativa o civile³⁵¹.

Ove si giunga alla conclusione che un intervento del legislatore europeo risponde effettivamente ai predetti principi, nella definizione della fattispecie penale e delle relative sanzioni sarà inoltre necessario garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali, come elaborati dalla giurisprudenza delle Corti, e codificati nella Carta dell'Unione e nella CEDU. Nello specifico, dovrà aversi cura che la lettera della direttiva sia sufficientemente chiara, in modo da permettere ai destinatari di comprendere attraverso quale comportamento ci si espone alla sanzione penale, in conformità al principio di sufficiente determinatezza del reato, corollario di quello della certezza del diritto. Le pene minime previste, in linea con il già citato criterio di proporzionalità, che in tale ambito trova ulteriore applicazione, dovranno inoltre essere idonee a raggiungere lo scopo prefissato ma, allo stesso tempo, non andare oltre quanto strettamente necessario al perseguimento dello stesso. Sarà altresì necessario che la misura sanzionatoria

³⁵⁰ Vedi TFUE, Protocollo n. 2. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 7, ove si sottolinea che: “[i]l requisito generale della sussidiarietà della normativa dell'Unione deve essere considerato con particolare attenzione nel caso del diritto penale. Ciò significa che l'Unione europea può legiferare solo se l'obiettivo non può essere conseguito più efficacemente mediante misure di livello nazionale o regionale e locale, ma può, a motivo della portata o degli effetti della misura proposta, essere conseguito meglio a livello di Unione”. Cfr. anche Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del

22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), punto 1

³⁵¹ Vedi TFUE, Protocollo n. 2. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 8, ove si sottolinea come occorra innanzitutto determinare se “*regimi sanzionatori di natura amministrativa o civile [...] non possano [comunque] garantire a sufficienza l'attuazione delle politiche, e se il diritto penale possa invece dare ai problemi una risposta più efficace*”. Cfr. anche Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del

22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), considerando I e punti 1 e 3.

prevista, quanto a tipologia e gravità, non sia di per sè sproporzionata rispetto all'interesse tutelato³⁵².

Infine, affinché l'azione dell'Unione in ambito penale possa rappresentare un effettivo complemento per i sistemi giuridici nazionali, la stessa dovrà rispondere anche a un criterio di coerenza, ossia tenere in considerazione sia il quadro di riferimento costituito dagli atti europei preesistenti, sia i valori, le tradizioni, le consuetudini e le scelte fondamentali degli ordinamenti dei singoli Stati membri³⁵³.

In conclusione, si può affermare che è pacificamente ammesso l'intervento dell'Unione europea nel diritto penale e quelle appena descritte, sono le linee guida che il legislatore europeo deve seguire per effettuare una tale operazione.

La Decisione quadro 2003/568/GAI – emanata ancora sulla base dell'ex art. 31 TUE - sembra rispettare appieno i principi sopra menzionati (*ultima ratio*, proporzionalità, adeguatezza, determinatezza)³⁵⁴.

Preso atto, quindi, che il diritto europeo non ha superato i confini e i limiti predisposti per la materia penale, resta solo da capire quali possono essere le prospettive future per le fattispecie di corruzione nel settore privato in Italia e in Germania.

4.4 La corruzione privata in Italia e in Germania: prospettive di riforma

La fattispecie italiana di corruzione nel settore privato, come si è visto, è stata oggetto di numerose modifiche negli ultimi anni, da ultima il D. Lgs. 38/2017. Tutte le novelle sono state ritenute inefficaci ed è maturata una non trascurabile insoddisfazione in relazione all'introduzione di questa disciplina. Il motivo principale di tale insoddisfazione risiede nella mancata tutela della concorrenza e, dunque, nel non aver accettato l'esistenza del "bene giuridico - concorrenza".

È pertanto necessario che il legislatore italiano introduca, anche accanto alla fattispecie improntata sul modello lealista-fiduciario introdotta nel 2017, una fattispecie di corruzione nel settore privato a tutela della leale concorrenza.

Per comprendere come mai i governi italiani non siano mai stati in grado di elevare la concorrenza leale a bene giuridico, si riportano le parole di Giovanni Maria Flick (presidente emerito della Corte Costituzionale), secondo il quale "la crisi — prima finanziaria, poi economica e infine sociale — che stiamo vivendo è certamente anche una crisi di regole: di inosservanza, disapplicazione, mancanza di regole. Ma non ci si può limitare al discorso sulle regole: giacché la

³⁵²DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, cit.

³⁵³A.A.V.V., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione Europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Giuffrè Editore, 2006, p. 87

³⁵⁴A parere di chi scrive e di parte della dottrina italiana (vedi, tra i tanti, cui LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati*, cit., p. 3), l'art. 3 della Decisione quadro (istigazione e favoreggiamento) mancherebbe invece di determinatezza. Imporre l'incriminazione dell'istigazione alla corruzione nel settore privato pare una forzatura eccessiva.

crisi è anzitutto di valori. Lo stesso problema delle regole deriva, in effetti, dalla mancanza di valori. In altri settori, il passaggio dalle regole ai valori è un fatto compiuto: si pensi soprattutto all'elaborazione sui diritti fondamentali, che esprimono i valori posti a base delle corrispondenti regole giuridiche.

L'intero dibattito sui diritti fondamentali non è, in definitiva, che l'espressione della consapevolezza che le regole non rappresentano un mero "arredo tecnico" delle stanze dell'ordinamento, ma la traduzione e l'attuazione di valori. Nel diritto dell'economia in generale questa ricerca dei valori fondamentali, posti a base delle regole, presenta maggiori difficoltà. Ciò perché l'economia ha sempre mirato a prospettive di autosufficienza e di autoregolamentazione del mercato, rifiutando regole esterne: valori come la trasparenza, la fiducia reciproca e il rifiuto del conflitto di interessi solo in tempi relativamente recenti, e non senza fatica, si sono affacciati sulla scena della disciplina economica. Si tratta di valori che hanno un saldo ancoraggio costituzionale, anche se la Costituzione non parla esplicitamente di mercato e ha introdotto il riferimento testuale alla concorrenza solo nel 2001, con il nuovo art. 117 Cost. Ma, al tempo stesso, si tratta di valori debbono essere opportunamente definiti e tipizzati attraverso scelte normative e l'assunzione di corrispondenti responsabilità politiche, per non restare confinati nell'empireo dell'etica. Domandarsi come uscire dalla crisi che stiamo vivendo non è, dunque, solo una discussione sulle regole, ma è e deve essere un problema di ricerca dei valori".

I governi italiani possono quindi essersi trovati imbrigliati nella crisi appena descritta e, solo così, si può comprendere la difficoltà nell'elevare la concorrenza a bene giuridico. Il presidente emerito della Corte Costituzionale continua poi osservando che "l'indagine diviene, peraltro, ancor più complessa ove si guardi specificamente al diritto penale dell'economia. Il ricercare regole di tipo penale e l'affidarsi soltanto ad esse per uscire dalla crisi è, infatti, doppiamente problematico: non solo perché c'è una crisi di regole in sé; ma anche perché di fronte ad una economia globale e ad una crisi globale diviene molto limitata la possibilità di una risposta attraverso regole nazionali, come per definizione e per vocazione non possono non essere quelle penali. La necessità di un garantismo che si fonda sulla tipicità e sulla riserva di legge (almeno formalmente); il fatto che la normativa penale è l'espressione più tipica della sovranità: sono tutte indicazioni della difficoltà di percorrere concretamente ed efficacemente la via penalistica per affrontare la tematica economica"³⁵⁵

Certamente, l'idea di una tutela penale della concorrenza si inserisce nel vortice delle difficoltà sopra citate, ma questo non significa che il legislatore italiano debba astenersi dall'introdurre una fattispecie di corruzione privata improntata sul modello concorrenziale, identificando quindi nella corruzione fra privati un fattore di alterazione della lealtà della competizione economica e delle dinamiche del libero mercato. È, infatti, necessario riconoscere che risiede proprio nella considerazione di simili effetti distorsivi la ragione fondamentale per la quale, negli ultimi anni e a livello sopranazionale, la corruzione privata ha assunto un rilievo nodale quale questione politico-criminale. Ed anche in ambito dottrinale, è radicata l'idea che la protezione della concorrenza rappresenti la sola — o, comunque, la più salda — giustificazione, sul piano teleologico,

³⁵⁵ GIOVANNI MARIA FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, consultabile su <https://www.federalismi.it/index.cfm?>

dell'intervento di criminalizzazione considerato. È, dunque, nell'offesa — a livello anche di semplice esposizione a pericolo — alla concorrenza relativa all'acquisizione di beni o servizi commerciali che dovrebbe risiedere il nucleo essenziale di disvalore della fattispecie³⁵⁶.

Ci si aspetta, pertanto, che il legislatore italiano, una volta accettate le considerazioni appena fatte, introduca, una volta per tutte, una fattispecie di corruzione nel settore privato a tutela della leale concorrenza.

Con riguardo, invece, alla fattispecie tedesca di *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* di cui al § 299 StGB, si è già visto come questa sia nata, ancora nel lontano 1909, come una fattispecie a tutela della leale concorrenza. Nessuna critica, dunque, può essere mossa, nella prospettiva del bene giuridico tutelato, al legislatore tedesco.

Tuttavia, la tutela della concorrenza è stata, almeno simbolicamente, depotenziata dall'introduzione, nel 2015, del *Geschäftsherrnmodell*, del quale sono già state evidenziate le criticità, riguardanti soprattutto la "nebulosità" del bene giuridico tutelato. L'introduzione della nuova fattispecie improntata sul modello lealístico-fiduciario, era stata fondata sul presupposto che un reato basato sul modello concorrenziale, come quello da sempre presente nel § 299 StGB, fosse troppo difficile da accertare e perseguire penalmente, e fosse pertanto necessario affiancarvi una nuova disciplina.

La scelta del legislatore tedesco si è rivelata inutile, dal momento che, fin dalla sua introduzione, il *Geschäftsherrnmodell* è stato sommerso da critiche. Sarebbe stato meglio – e lo sarebbe tuttora, in una prospettiva di riforma – correggere alcune problematiche del *Wettbewerbsmodell*, primo fra tutti quella della mancata previsione della punibilità del *Geschäftsinhaber*, per rendere la norma maggiormente efficace³⁵⁷.

4.5 Considerazioni conclusive

Giunta questa trattazione al termine, sono utili alcune considerazioni conclusive.

Si è visto, fin dal primo capitolo, come la lotta alla corruzione è diventata una priorità nelle agende politiche internazionali, anche per effetto della profonda crisi che coinvolge le più avanzate economie mondiali: il diffondersi delle prassi corruttive, minando la fiducia dei mercati e delle imprese, determina, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i Paesi. Preso atto della gravità della corruzione a livello globale, è stato poi isolato, in questa trattazione, il solo fenomeno della corruzione nel settore privato.

Si è poi visto che, i costi, anche solo percepiti, del fenomeno corruttivo in ambito privato sono enormi: dai costi economici, all'impatto, particolarmente

³⁵⁶Così, S.SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit.; P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, cit.; ROSSI A., *La riforma del sistema punitivo della corruzione tra privati*, cit.

³⁵⁷SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, cit., p. 150

pesante di essi sulla crescita dei Paesi, perchè la corruzione diffusa altera, innanzitutto, la libera concorrenza e favorisce la concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano del mercato della tangente a scapito di coloro che invece si rifiutano di accettarne le condizioni. Senza dimenticare che le imprese che operano in un contesto corrotto e che devono pagare tangenti crescono in media quasi del 25 per cento in meno di quelle che non devono affrontare tale problema.

L'entità del fenomeno corruttivo nel settore privato e la sua percezione sociale ne impongono una prioritaria valutazione all'interno di un intervento che sia al tempo stesso razionalmente condiviso ed efficace sul profilo preventivo e sanzionatorio.

È stato poi realizzato che, nonostante sia stato ormai unanimemente riconosciuto in sede internazionale che la corruzione ostacola lo sviluppo economico e contrasta con i principi di buon governo e di etica della politica e che finisce con il costituire una minaccia per lo stato di diritto, la democrazia, il principio di uguaglianza e la libera concorrenza, in Germania e, soprattutto, in Italia, fino ad ora, non è stata adottata un'azione di contrasto effettivamente efficace e conforme alle prescrizioni sovranazionali.

Le numerose modifiche dei legislatori, italiano e tedesco alle rispettive norme di corruzione nel settore privato, si sono, infatti, rivelate prevalentemente inutili e fallimentari.

Non rimane che sperare, quindi, in un nuovo e ultimo intervento dei legislatori, italiano e tedesco, idoneo, in primo luogo, a far uscire la fattispecie di corruzione privata dal "gioco infinito" in cui si trova da anni e, in secondo luogo, a renderla conforme al diritto europeo, per donarle nuova vita nella realtà economica e giuridica.

BIBLIOGRAFIA ITALIANA

AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione Europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Giuffrè Editore, 2006

ACQUAROLI R.- FOFFANI L., *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè Editore, 2003

ALAGNA R., *La corruzione medica nell'ordinamento tedesco*, in dir. pen. cont., 2016

ALESSANDRI A. , *Il nuovo diritto penale delle società*, IPSOA, 2002

AMATO G., Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti, in Cass. Pen., 1999, Fasc. 1

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari I*, Giuffrè Editore, 2007

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, volume II*, Giuffrè, 2008

APRILE E.- SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, IPSOA, 2009

BARTOLI R., *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?* In Dir. Pen. Proc., Fasc.1, 2017

BARTONE N., *Diritto penale europeo, spazio giuridico e rete giudiziaria*, CEDAM, 2001

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 2007

BONELLI F.- MANTOVANI M., *Corruzione nazionale e internazionale*, Giuffrè Editore, 2014

BRICCHETTI R., *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, fasc. 1, 2016

BRONZO P., *Nuove norme sulla corruzione tra privati*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2017

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol.1, Diritto dell'impresa*, UTET, 2013

CHERIF BASSIOUNI M., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè Editore, 2005

COCCO G., *Reati contro i beni economici, patrimonio, economia e fede pubblica*, CEDAM, 2015

CONSO G.- SANTUCCI A., *Codice dei diritti umani. Nazioni Unite-Consiglio d'Europa*, CEDAM, 2001

DAVIGO P.- MANNOZZI G., *La corruzione in Italia, percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, 2007

DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè Editore, 2007

DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004

DEL VECCHIO A.- SEVERINO P., *Il contrasto alla corruzione tra privati nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, 2014

DI VIZIO F., *La riforma della corruzione tra privati*, *Il Quotidiano Giuridico*, 2017

DOLCINI E., *La Legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *dir. pen. cont.*, 2013

DUFF-GREEN, *Defining crimes. Essays on the special part of the Criminal law*,

Oxford University Press, 2005

FAVA T., *Do ut des: genesi, evoluzione e crisi del sistema della corruzione*, Carocci, 1999

FERRAJOLI L., *Corruzione tra privati: restano luci e ombre dopo la riforma*, Guida al Diritto Dossier, N. 2, 2018

FLORE D., *L'incrimination de la corruption, Les nouveaux instruments internationaux, La nouvelle loi belge du 10 février 1999, la charte*, 1999

FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, p.6

FOFFANI L., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè Editore, 2006

FORNASARI G.- LUISI D., *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, CEDAM, 2003

FORNASARI G.-RIONDATO S., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli Editore, 2013

FORTI F., *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in Riv.it.dir.proc.pen, 2003

FORTUNA F.S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2010

FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Compliance review nel Consiglio d'Europa*, Giuffrè Editore, 2004

GRASSO G.- SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè Editore, 2007

GRASSO G.- SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè Editore, 2008

GRASSO G.-SICURELLA R., *Il Corpus Juris 2000, un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè Editore, 2003

GRASSO G., *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè Editore, 2007

KAPELLER A., *La corruzione tra privati nell'ordinamento tedesco*, in *Altalex*, 2017

LA MONICA M., *I reati fallimentari*, Ipsoa, 1999

LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati: dal modello "patrimonialistico" a quello "lealistico"*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2016

LA SPINA A.- MAJONE G., *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, 2000

MARINUCCI G.- ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, fasc. 3, 1971

MARTINI A., *Commento all'art. 2635 c.c. - Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Legislazione penale*, 2003

MELCHIONDA A., *Art. 2635 ("corruzione tra privati")*, in *Giur. it.*, fasc. 12, 2012

MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, fasc. 4, 2012

MONTANARI M., *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, in *dir. pen. cont.*, 2014

MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Giuffrè Editore, 2004

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007

- NUVOLONE P., *Il diritto penale delle società commerciali*, Giuffrè, 1971
- NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971
- PADOVANI T., Commento all'art. 1 l. 13 dicembre 1989, n. 401, in *Legisl. Pen.*, 1990
- PAGLIARO P., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2008
- PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, CEDAM, 2007
- PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2000, Fasc. 2
- PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, CEDAM, 2004
- PULITANO' D, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, Fasc. 1, 1997
- ROMANO M., Art. 353, in ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubbliciste*, Artt. 336- 360 cod. pen., Milano, 1999
- ROSSI A., *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e gli enti* in *Le Società*, Fasc.6, 2017
- RUGANI A., *Riforma della "corruzione tra privati"(D.lgs. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta* in *Cass.Pen.*, Fasc. 12, 2017
- SANDRELLI G, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al dir.*, fasc. 16, 2002

SANTORIELLO C. (a cura di) *La disciplina penale dell'economia, società, fallimento, finanza*, I, Giappichelli

SEMINARA G., *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati* in *Dir. pen. Proc.*, Fasc.6, 2017

SEVERINO P., *La nuova Legge anticorruzione* in *Dir. Pen. Proc.*, Fasc.1, 2013

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

SILVA SÀNCHEZ J., *L'espansione del diritto penale- aspetti della politica criminale nelle società post-industriali*, Giuffrè Editore, 2004

SIRACUSANO P., *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giappichelli, 2007

SPENA A., *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007

SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013

SPENA A., *Il "turpe Mercato", teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Giuffrè Editore, 2003

SUTHERLAND C.H., *White collar crimes*, The Dryen Press, 1949

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, 2012

TRONCONE P., *Il nuovo delitto di corruzione tra privati- adeguamenti eurounitari e riflessi del passato*, in *Ind. Pen.*, Fasc. 1, 2018

UBIALI M. C., *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione*

internazionale, il finanziamento dei partiti, in diritto penale contemporaneo, 10 luglio 2018

ZANNOTTI R., *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso* in Ind.Pen., Fasc. 2, 2005

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia, reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, 2008

ZOLI L., *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. Tra vecchia e nuova formulazione della "corruzione tra privati"*, in dir. Pen. Cont., 2014

BIBLIOGRAFIA TEDESCA

ACHENBACH M., *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs?*, Peterlang, 2009

ADAMSKI, *Die gesetzliche Konzeption der Bestechungsdelikte. Zugleich ein Vorschlag für eine künftige Fassung der §§ 331 FF. StGB*, PL Academic Research, 2013

DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in Bundesrepublik Deutschland*, in B. WABNITZ- T. JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts*, C.H. Beck, 2014

DANNECKER G.- SCHRÖDER T., *Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in ZRP, Heft 2, 2015

DELMAS-MARTY M., *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Carl Heymanns Verlag, 1998

DELTHOFF N., *Europäisierung des Wettbewerbsrechts*, Mohr Siebeck, 2001

EIDAM G., *Straftäter Unternehmen*, Verlag C.H. Beck, 1997

ESER-ÜBERHOFEN-HUBER, *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Edition iuscrim, 1997

GEISLER, *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*, Duncker und Humboldt, 2013

GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, C.H.Beck, 2005

GROPP W. , *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipziger Universitätverlag, 1998

GRÜTZNER, § 299 StGB – *Neue und ungelöste Probleme nach Schaffung des Geschäftsherrenmodells*, in ZIS, heft 9, 2018

HECKER B., *Europäisches Strafrecht*, Springer, 2007

HOVEN, *Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht- Bemerkungen zu den neuen Straforschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in NstZ, Heft 10, 2015

HUBER, *Korruptionsbekämpfung in der Europäischen Union*, Bundesanzeiger, 2002

JAQUES, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, Peterlang, 1996

KAPELLER, *La corruzione fra privati nell'ordinamento tedesco*, 15 agosto 2017 in ALTALEX

KLUG, *Angestelltenbestechung. Eine strafrechtlich empirische Untersuchung zu § 299 Strafgesetzbuch*, Dr. Kovac, 2011

KÖNIG P., *Neues Strafrecht gegen die Korruption*, in JR, Heft 10, 1997

KORTE, Soziologie, UTB basics, 2004

KRAATZ E., Wirtschaftsstrafrecht, C.H.Beck, 2017

KRACK, *Entschleierte Schmiergelder nach der Reform del §299 StGB*, in ZIS, Heft 2, 2016

KRAUSE E.J., *Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, Verlag Dr. Kovac, 2008, pp. 1 ss.

KUBICIEL M., *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB*, in ZIS, Heft 13, 2014

KUBICIEL M., *Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen. Ziel, Tragweite und Wirkungen des Referentenwurfes*, in Kölner Papiere zur Kriminalpolitik, Heft 1, 2015

KUDLICH-OGIAKIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F.Müller, 2014, p.1

KÜHL, *Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelversorgung*, Springer, 2013

H. JUNG, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems*, De Gruyter, 1979

MÜLLER – GUGENBERGER, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf-und-ordnungswidrigkeitenrechts*, otoschmidt, 2015

M. NENTWICH, *Kriminologie der Korruption*, Kindle Verlag, 2003

NESTORUK, *Strafrechtliche Aspekte des unlauteren Wettbewerbs. Strafrecht und Schutz der Wirtschaftsordnung*, C.F. Müller, 2003

NÖCKEL A., *Grundprobleme zu §299StGB*, in ZJS, Heft 1, 2013

PIES, *Wie bekämpft man Korruption?*, wvb, 2008, p. 15 ss.

PÖSL M.- WALTHER F., *Übungsfall: Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr und Untreue*, in ZJS, Heft 4, 2010

PFEFFERLE, *Korruption im geschäftlichen Verkehr. Schmiergeldzahlungen und die Folgen*, Kohlhammer, 2011

PRAGAL, *§ 299 StGB – keine Straftat gegen den Wettbewerb!*, in ZIS, heft 2, 2006

K. REINHARDT, *Korruption im Gesundheitswesen: Zur Strafbarkeit von Ärzten bei Kontakten mit der Arzneimittel-und Medizinprodukteindustrie de lege lata und de lege ferenda*, Berliner wissenschafts-Verlag, 2018, p.9

RICHTER, *Auswirkungen der Tatbestandserweiterung im § 299 StGB auf die Compliance Praxis in Unternehmen*, in <https://www.creditreform-compliance.de/presse/compliance-risk-newsletter/compliance-risk-fachbeitraege/auswirkungen-der-tatbestandserweiterung-im-299-stgb-auf-die-compliance-praxis-in-unternehmen>, 2016

SATZEGGER, *Die Zukunft des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Strafrechts*, in ZiS, heft 11, 2016

SCHAUPENSTEINER, *Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption* in NStZ, heft 9, 1996

SCHÜNEMANN, *Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur*, in ZRP, heft 3, 2015

H. SCHWIER, *Der Schutz der „Unternehmerischen Freiheit“ nach Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Darstellung der tatsächlichen Reichweite und Intensität der grundrechtlichen Gewährleistung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Peterlang, 2008

H. SCHWIND, *Kriminologie und Kriminalpolitik: eine praxorientierte Einführung mit Beispielen*, Heidelberg, 1936

SOMMER – SCHMITZ, *Praxiswissen Korruptionsstrafrecht*, ZAP, 2016

SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Logos, 2010

STANITZECK, *Die Bedeutung von Criminal Compliance für das Strafrecht bei der Bekämpfung von Wirtschaftskorruption*, Verlag Dr. Kovac, 2013

K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, Vahlen, 2011

K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, 2017

TIEDEMANN, *StGB, Leipziger Kommentar, De Gruyter*, 2008

TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Carl Heymanns Verlag, 2014

TIEDEMANN K., *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1998

TIEDEMANN K, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Freiburg-Symposium, C. Heymanns, 2002

ÜBERHOFEN M., *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich*, Edition iuscrim, 1999

H. VOLKER, *Der Straftatbegriff in Europa.: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit in Deutschland, England, Frankreich und Polen*, Duncker und Humboldt, 2011

WALTER, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Internationale Vorgaben und deutsche Strafrecht*, Centaurus, 2011

P. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.H. Beck, 2017

H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, 2011