# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

*Coordinatore*

Fausto Giunta

*Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci,
Daniele Negri, Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

*Coordinatore*

Dario Micheletti

*Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**www.edizioniets.com/criminalia**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

**2018**

Edizioni ETS

www.edizioniets.com

© Copyright 2019
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675634-3
ISMN 1972-3857

**INDICE**

**Primo Piano**

MARTA BERTOLINO
*Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze* 13

GIOVANNI CANZIO
*Multiculturalismo e giurisdizione penale* 53

MAURIZIO CATINO
*Fare luce sulla zona grigia* 65

CRISTINA DE MAGLIE
*La lingua del diritto penale* 105

ALBERTO GARGANI
*Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza* 143

MICHELE TARUFFO
*Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale* 161

**I grandi temi** *La tutela della persona umana*

ROBERTO BARTOLI
*Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona* 177

GIOVANNI FLORA
*La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna* 189

FAUSTO GIUNTA
*I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature* 195

MICHELE PAPA
*La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità* 213

ANTONIO VALLINI
*Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico* 223

**I grandi temi** *Negazionismo*

GIULIANO BALBI
*Il negazionismo tra falso storico e post-verità* 233

FILIPPO BELLAGAMBA
*Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?* 265

CORRADO DEL BÒ
*Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto* 291

**I grandi temi** *Tortura*

GIOVANNI CANZIO
*I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza della Corte di cassazione* 305

STEFANIA CARNEVALE
*Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali* 325

LUCIA RISICATO
*L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità* 351

**Il punto su…** *La nuova disciplina dell'art. 162-*ter *c.p.*

GIAN PAOLO DEMURO
*L'estinzione del reato mediante riparazione* 373

SERGIO SEMINARA
*Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione* 383

**Il punto su…** *La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ
*La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica* 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI
*La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore* 437

**Antologia**

FABIO BASILE
*Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?* 463

FRANCESCO CALLARI
*La rivisitazione* in malam partem *del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili* 475

ALBERTO CAPPELLINI
Machina delinquere non potest? *Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale* 499

GAETANO CARLIZZI
*Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale* 521

RICHARD DUBÉ – MARGARIDA GARCIA
*L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena?* 537

FAUSTO GIUNTA
*Culpa, culpae* 569

GAETANO INSOLERA
*Dalla difesa legittima all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.* 601

MASSIMILIANO LANZI
*Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela* 611

GIORGIO MANIACI
Harm principle *e* offence principle *secondo un'etica liberale* 643

GIANFRANCO MARTIELLO
*Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita* ex *art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"* 681

DARIO MICHELETTI
*La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica* 705

GHERARDO MINICUCCI
*Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale* 745

PIER FRANCESCO POLI
*La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita* 765

VICO VALENTINI
*Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3* 785

## TABLE OF CONTENTS

**On the front page**

MARTA BERTOLINO
*Criminal law, insanity, and neuroscience* 13

GIOVANNI CANZIO
*Multiculturalism and criminal justice decision-making* 53

MAURIZIO CATINO
*Shedding light on the grey area* 65

CRISTINA DE MAGLIE
*The language of the criminal law* 105

ALBERTO GARGANI
*Decriminalization and "criminal matter". The graduation of guarantees between form and substance* 143

MICHELE TARUFFO
*Some remarks on the certainty and consistency of judicial decisions* 161

**Big themes** *Protecting the human person*

ROBERTO BARTOLI
*Brief remarks on end of life starting with the notions of "human being", "individual" and "person".* 177

GIOVANNI FLORA
*Protecting sexual freedom and Cupid's struggles in the post-modern era* 189

FAUSTO GIUNTA
*The person's interests protected by the criminal law: old and new nuances* 195

MICHELE PAPA
*The physiognomy of the Actus Reus in the structure of sexual offenses: notes for a reflection on the crisis of the Tatbestand* 213

ANTONIO VALLINI
*The legal "discourse" about the "person": a tentative lexicon* 223

**Big themes** *Historical denialism*

GIULIANO BALBI
*Historical denialism between fabrications of history and post-truth* 233

FILIPPO BELLAGAMBA
*From the criminalization of hate speech to the aggravating factor of historical denialism: nothing more than a further outcome of "symbolic" criminal law-making?* 265

CORRADO DEL BÒ
*Tolerating the intolerable. Historical denialism between ethics and law* 291

**Big themes** *Torture*

GIOVANNI CANZIO
*Nazi war crimes in Italy (1943-1945) in the case law of the Cassation Court* 305

STEFANIA CARNEVALE
*Torture and mistreatments in prison: penitentiary law procedural protections supporting substantive tools* 325

LUCIA RISICATO
*The ambiguous texture of the crime of torture, between the militarization of the criminal law and crimes against humanity* 351

**Focus on…** *The new provision of Art. 162-*ter *of the Penal Code*

GIAN PAOLO DEMURO
*The extinction of the offense through reparation* 373

SERGIO SEMINARA
*Private criminal complaints and extinction of the harm caused by means of reparative conducts: food for thought* 383

**Focus on…** *Private corruption*

FRANCESCO MACRÌ
*Private corruption (Art. 2635 of the Civil Code): recent amendments to the "Spazzacorrotti" Law (l. n. 3/2019) and the underlying problems of the Italian provisions in light of the comparative experience* 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI
*Private corruption. A diachronic analysis of the offense's harm spectrum: competition as the child of a lesser God* 437

**Anthology**

FABIO BASILE
*Violence against women and the criminal law: where are we now?* 463

FRANCESCO CALLARI
*Reforming in malam partem a final decision: from the fight against terrorism and organized crime to futuristic horizons* 475

ALBERTO CAPPELLINI
Machina delinquere non potest*? Brief remarks on artificial intelligence and criminal liability* 499

GAETANO CARLIZZI
*Freedom of conviction as a guiding principle for both the legislature and the judge in the criminal trial context* 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA
*Public opinion as the foundation of the right to punish: fragments of a new theory of punishment?* 537

FAUSTO GIUNTA
*Culpa, culpae* 569

GAETANO INSOLERA
*From self-defense to legitimized offense? Assessing the rationales of proposed amendments to Art. 52 of the Penal Code* 601

MASSIMILIANO LANZI
*Crimes beyond intention and mistake in the commission of a crime, between old paradigms and new calls for protection* 611

GIORGIO MANIACI
*Harm principle and offense principle according to a liberal ethics* 643

GIANFRANCO MARTIELLO
*Potentially lethal state violence and right to life under Art. 2 of the ECHR: on Art. 53 of the Penal Code re-read through the Convention's lenses* 681

DARIO MICHELETTI
*Criminal liability of medical professionals between generic and specific negligence* 705

GHERARDO MINICUCCI
*Brief remarks on linguistic contamination in the criminal law* 745

PIER FRANCESCO POLI
*Gross negligence as a limit to negligence charges: a look at the Penal Codes of unified Italy* 765

VICO VALENTINI
*Duty to assist or right to ram? First remarks on the Sea Watch 3 case* 785

**Il punto su...**
*La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ

# LA CORRUZIONE TRA PRIVATI (ART. 2635 C.C.): I RECENTI RITOCCHI DELLA LEGGE "SPAZZACORROTTI" (L. N. 3/2019) E I PROBLEMI DI FONDO DELLA DISCIPLINA ITALIANA ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA COMPARATISTICA

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Corruzione tra privati e possibili modelli di tutela penale. – 2. Il contrasto penale alla corruzione privata nel diritto internazionale ed europeo. – 3. La disciplina italiana degli artt. 2635 e 2635-*bis* c.c. – 3.1. Il novellato testo dell'art. 2635 c.c.: un incisivo passo in avanti verso l'adozione del modello "pubblicistico" di tutela? – 3.2. La fattispecie di "Istigazione alla corruzione tra privati" (art. 2635-*bis* c.c.), le pene previste, e le sanzioni per gli enti giuridici. – 3.3. Il regime di procedibilità a seguito della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019). – 3.4. Il (non) impatto giurisprudenziale del delitto *ex* art. 2635 c.c., e la recente sentenza 24/1/2018 n. 100 del Tribunale di Ancona. – 4. Il *Bribery Act* (*BA*) inglese del 2010. – 4.1. Quadro generale delle principali previsioni del BA 2010. – 4.2. L'equiparazione della corruzione pubblica e di quella privata. – 4.3. Le scelte di tipizzazione relative alle *offences* concernenti le condotte di corruzione attiva e di corruzione passiva (secs. 1-5). – 4.4. Le sanzioni applicabili alle persone fisiche, e le linee guida in materia di commisurazione della pena (*"sentencing guidelines"*) in vigore dal 1° ottobre 2014. – 4.5. La *offence* di cui alla sec. 7: *"Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery"*, e le sanzioni previste per le persone giuridiche. – 4.6. Considerazioni conclusive sulle opzioni di incriminazione adottate nel BA 2010. – 4.7. L' implementazione giurisprudenziale del BA negli anni 2011-2018, e l'impatto dell'istituto del "Rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale" (*"Deferred Prosecution Agreement"*, introdotto nel 2014). – 5. La *Corrupciòn en los negocios* di cui agli artt. 286-*bis* / 286-*quater* del *codigo penal* spagnolo – 5.1. La disciplina originaria del 2010. – 5.2. Le modifiche introdotte con la riforma del 2015. – 5.3. La normativa vigente: il novero dei soggetti attivi contemplati, e l'esclusione degli enti non commerciali. – 5.4. Segue: la condotta tipica tra tutela della concorrenza e "modello lealistico". – Conclusioni.

## *Introduzione*

La tematica del contrasto penale al fenomeno della corruzione tra privati è ormai da anni al centro del dibattito penalistico italiano[1], sebbene la fattispecie

[1] Al riguardo, *ex plurimis*, v. R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?,* in *Dir. pen. e proc.,* 2017, p. 5 ss.; A.L. CLERICI, *La corruzione tra privati,* Milano, 2017, p. 1 ss.; A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione,* in AA.VV. (a cura di G. MATTARELLA e S. PELLISSERO), *La legge anticorruzione,* Torino, 2013, p. 355 ss.; G. FORTI, "*Paradigmi distributivi*" *e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi*

criminosa di cui all'art. 2635 c.c. sia stata sostanzialmente ignorata nella prassi applicativa delle aule giudiziarie.

Al riguardo, l'indubbiamente "dinamica" storia normativa del delitto *de quo* si è recentemente arricchita di un nuovo capitolo legislativo, a seguito dell'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. "legge spazzacorrotti")[2], la quale ha introdotto il regime di procedibilità d'ufficio – precedentemente previsto solo in caso di "distorsione della concorrenza" – per tutte le ipotesi criminose di cui agli artt. 2635 e 2635 *bis* c.c.

La modifica in questione è senz'altro condivisibile, visto che la procedibilità a querela (che rappresentava in precedenza la regola) era da molti anni oggetto di critiche da parte di osservatori internazionali e della prevalente dottrina, sottolineandosene – come si vedrà – innanzitutto l'evidente incompatibilità con un modello pubblicistico di incriminazione della corruzione privata[3], ma altresì la non funzionalità rispetto ad un modello privatistico (incentrato sulla tutela degli interessi aziendali)[4].

La novella legislativa del 2019, precipuamente incentrata su modifiche alla disciplina penale della corruzione pubblica (e altresì della prescrizione), non è stata comunque caratterizzata dalla medesima incisività di cui alla precedente riforma normativa operata dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38, anteriormente alla

*critica,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009. p. 1615 ss.; E. LA ROSA*, Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico,* Torino, 2018, p. 1 ss.; ID.*, Verso una nuova riforma della "corruzione tra privati": dal modello "patrimonialistico" a quello "lealistico"*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* Napoli, 2012; S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati,* in *Dir. pen. e proc.,* 2017, p. 713 ss.

[2] Il titolo formale è "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici". Al riguardo v., in dottrina, tra i primi commenti, G. FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?,* in AA.VV. (a cura di G. FLORA e A. MARANDOLA), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione,* Pisa, 2019, p. 3 ss.; G.L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019, p. 1 ss.; ID., *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018, p. 1 ss. A. PAOLETTI, *Legge "spazza corrotti": prime riflessioni sui nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione,* in *www.diritto.it,* 7 gennaio 2019, p. 1 ss.; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione,* in *Arch. Pen.,* fasc. 1/2019 (web), p. 1 ss.; M.C. UBIALI, *Le disposizioni extra-penali della legge c.d. Spazza-corrotti: trasparenza e finanziamento dei partiti politici e norme sulla regolamentazione delle fondazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019, p. 1 ss.

[3] Alla trattazione dei suddetti modelli sarà dedicato specificamente il paragrafo successivo al presente.

[4] In relazione ad esempio alle problematiche correlate all'esercizio del diritto di querela nel caso in cui il reato sia commesso da uno dei soggetti interni deputati all'amministrazione dell'ente: al riguardo, comunque, si rimanda *infra* alla trattazione specifica concernente il regime di procedibilità del reato di cui all'art. 2635 c.c.

quale fondamentali tappe dell'evoluzione legislativa in materia sono state:

- 2002: l'innovativa introduzione della previsione criminosa, nell'art. 2635 c.c., ad opera del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61;
- 2012: il profondo intervento di modifica normativa della succitata disposizione da parte della l. 6 novembre 2012, n. 190;
- 2016: l'aggiunta all'art. 2635 c.c. di un ulteriore comma, in materia di confisca, per mezzo del d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.

## 1. *Corruzione tra privati e possibili modelli di tutela penale*

Negli ultimi decenni si è diffusa sempre di più nella comunità penalistica internazionale l'opinione che, accanto alle tradizionali condotte ascrivibili all'alveo della corruzione "pubblica", anche i comportamenti corruttivi nel settore privato siano caratterizzati, pur con la necessità di operare scelte di incriminazione selettive, da un disvalore tale da giustificare la loro rilevanza penale.

Le condotte in questione, peraltro, pur connotate da una spiccata eterogeneità, sono state racchiuse da autorevole dottrina in due distinte categorie differenziate dalla divergente caratterizzazione criminologica, categorie elaborate tenendo presente che – pur se come vedremo le recenti tendenze dei legislatori europei siano nel senso di criminalizzare le condotte corruttive private anche al di fuori dell'ambito delle società commerciali – la stragrande maggioranza dei comportamenti corruttivi privati avvengano nell'ambito di aziende o imprese con finalità commerciali, e dunque con riferimento a tale ultimo contesto[5]:

1) Corruzione del concorrente, la quale di regola coinvolge i soggetti apicali delle compagini societarie ed aziendali, e implica la perpetrazione di condotte "infedeli" e produttive di conseguenze pregiudizievoli alla propria impresa – variamente configurabili – da parte dell'*intraneus* corrotto il quale, in cambio di un corrispettivo per sé o per altri, agisce in tale ipotesi a vantaggio di un'azienda concorrente[6];

2) Corruzione del fornitore, che invece coinvolge di regola soggetti non collocati al vertice dell'organigramma dell'ente, le cui condotte – pur anch'esse qualificabili come "infedeli" – non sempre cagionano effetti economicamente pregiudizievoli all'impresa. Tali episodi corruttivi, di converso, sovente ledono economicamente due ulteriori categorie di soggetti portatori di interessi meritevoli di tutela, e cioè da un lato le imprese concorrenti pregiudicate

[5] In tal senso R. BARTOLI, *Corruzione tra privati,* in AA.VV. (a cura di B. Mattarella e M. Pellissero), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione,* Torino, 2013, p. 435 ss.; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 259.

[6] R. BARTOLI, *Corruzione tra privati,* cit., p. 436.

dall'accordo corruttivo, e dall'altro i consumatori (intesi come i destinatari dei prodotti o dei servizi erogati dall'impresa "corrotta")[7].

In sostanziale corrispondenza alle caratteristiche criminologiche del fenomeno *de quo*, i due principali modelli di tutela penalistica nei confronti dei comportamenti corruttivi nel settore extra-pubblico, emersi nelle legislazioni penali che hanno approntato norme incriminatrici al riguardo, sono senz'altro i seguenti:

A) Modello privatistico, nel quale i beni giuridici salvaguardati sono di natura eminentemente individuale, con norme incriminatrici in cui la rilevanza penale è incentrata sulla lesione – o più spesso sulla mera messa in pericolo – del patrimonio dell'ente (paradigma "patrimonialistico"), e/o del dovere di fedeltà del dirigente/dipendente nei confronti dell'ente (paradigma "lealistico")[8].

B) Modello pubblicistico, nel quale i beni giuridici tutelati sono invece essenzialmente spettanti a soggetti esterni alle compagini aziendali lese nel patrimonio e/o nell'aspettativa di lealtà dalle condotte dei propri funzionari, e tali da coincidere con la libera concorrenza, gli interessi dei consumatori, la stabilità del mercato economico ecc.[9]. La rilevanza pubblicistica che possono assumere per l'ordinamento talune condotte di corruzione tra privati, peraltro, è

[7] R. BARTOLI, *Corruzione tra privati,* cit., p. 436, il quale condivisibilmente sottolinea al riguardo come «si deve considerare che, a differenza di quanto accade per la corruzione del concorrente, rispetto alla corruzione del fornitore l'impresa non solo può tollerare tale fenomeno, ma, traendone vantaggio, può addirittura favorirlo sulla base di una consapevole politica d'impresa; inoltre, anche là dove il patto corruttivo non sia tollerato perchè costringe a sopportare costi di una decisione economicamente irrazionale, tuttavia l'impresa dispone di mezzi che le consentano di "ammortizzare" gli eventuali effetti negativi derivanti dalla corruzione».

[8] E. LA ROSA, *La repressione penale della "corruzione privata". Punti fermi e questioni aperte,* Messina, 2011, p. 19 ss., il quale specifica ulteriormente, relativamente al modello privatistico "lealistico", come «in realtà tale modalità di intervento penale può essere declinata in una duplice accezione: a) oggettiva (*deeds-loyalty*), cioè come violazione del dovere del lavoratore di perseguire il miglior interesse del datore di lavoro; b) soggettiva *(reasons-loyalty)*, ovvero come violazione del dovere di conformare la propria attività lavorativa alle indicazioni e agli obiettivi (soggettivi) del datore di lavoro».

[9] Diversa è la classificazione accolta da A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2013, p. 701 ss., il quale distingue tra: 1) modello patrimonialistico; 2) modello lealistico-fiduciario; 3) modello della concorrenza. Relativamente a quest'ultimo, sostanzialmente corrispondente al modello in questa sede definito "pubblicistico", e alla centralità della tutela della libera concorrenza, l'illustre Autore rileva come quest'ultima «può venire in rilievo ora in una prospettiva micro-economica, in quanto funzionale alla salvaguardia di interessi ulteriori facenti capo ad individui o collettività di individui (ossia: la libertà di iniziativa economica degli imprenditori in concorrenza tra loro e la libertà di scelta dei consumatori); ora in una prospettiva macro-economica, e dunque in quanto bene finale: dove ad essere tutelato non è il beneficio che gli imprenditori o i consumatori ricavano dalla concorrenzialità di un certo settore di mercato, ma piuttosto l'interesse generale alla concorrenzialità del mercato in quanto tale, quale condizione di efficienza del mercato stesso e di crescita dell'economia nazionale e comunitaria».

"plasticamente" evidente in quei sistemi penali – come quello inglese, che si tratterà più avanti – nei quali si ha una tipizzazione unitaria della corruzione privata e di quella pubblica[10].

## 2. *Il contrasto penale alla corruzione privata nel diritto internazionale ed europeo*

Il fenomeno della corruzione è stato oggetto, a livello sovrannazionale, di una crescente attenzione da parte delle organizzazioni ed istituzioni mondiali e regionali, e tra queste ultime – per quanto in questa sede maggiormente interessa – del COE (*Council of Europe* / Consiglio d'Europa) e dell'Unione Europea.

Rinviando per approfondimenti alla corposa letteratura in materia, è opportuno menzionare sinteticamente le principali norme e principi stabiliti dai seguenti strumenti normativi:

A. La Convenzione OCSE di Parigi del 1997

Partendo dagli strumenti normativi adottati da organismi e istituzioni internazionali diversi dall'Unione Europea, viene innanzitutto in rilievo la Convenzione OCSE di Parigi sulla corruzione internazionale del 1997, firmata nella capitale francese in data 18 dicembre 1997, ed entrata in vigore in data 15 febbraio 1999[11].

Siffatta Convenzione, pur non contenendo norme specifiche in materia di corruzione tra privati, va menzionata in quanto sancente obblighi di incriminazione configurati in modo tale da veicolare il fondamentale messaggio – a livello non solo di orientamento culturale/ideologico, ma anzitutto funzionale – che le pratiche corruttive non rappresentino solo un disvalore etico e, per quanto concerne soprattutto quelle pubbliche, un *vulnus* allo Stato di Diritto in sé, ma

[10] E. LA ROSA, *La repressione penale della "corruzione privata",* cit., p. 20, il quale menziona espressamente – quale ordinamento nel quale svanisce ogni distinzione legislativa tra corruzione pubblica e corruzione privata – il sistema svedese.

[11] "*Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions*", firmata a Parigi il 18 dicembre 1997, ed attualmente – al novembre 2018, secondo le informazioni reperibili sul sito ufficiale *www.oecd.org* – ratificata da 43 Stati (alcuni, dunque, non facenti parte degli attuali 35 membri dell'OCSE). Relativamente all'Italia, la ratifica ed esecuzione è avvenuta con la l. 29 settembre 2000, n° 300 (art. 3). Per approfondimenti al riguardo v., tra i tanti, U. DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali*, in *Dir. comm. int.,* 1998, p. 969 ss.; G. SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997 e la sua laboriosa attuazione in Italia,* in AA.VV. (a cura di G. Sacerdoti), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione,* Milano, 2003; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 526 ss.; J.P. PIERINI, *La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero,* Torino, 2016, p. 17 ss.

altresì dei gravi fattori distorcenti della competizione economica sui mercati internazionali[12].

B. La Convenzione ONU di Merida del 2003.

Passando invece all'ONU, gli sforzi in materia di contrasto alla corruzione, iniziati sin dalla metà degli anni '70[13], hanno condotto all'adozione, da parte dell'Assemblea Generale, della Convenzione sulla lotta alla corruzione di Merida (Messico) del 31 ottobre 2003, entrata in vigore il 14 dicembre 2005[14]. Siffatta Convenzione accoglie una visione "a 360°" del contrasto alla corruzione, focalizzando l'attenzione 'penalistica' non solo sulle condotte di corruzione *stricto sensu* intese, ma anche su altre comunque correlate alle medesime, come quelle di peculato, malversazione ecc.[15].

C. La Convenzione COE di Strasburgo del 1999.

Va poi considerata, pur se brevemente, l'azione in materia di contrasto alla corruzione intrapresa dal Consiglio d'Europa (d'ora in avanti COE – *Council of Europe*). La sua azione contro la corruzione, dispiegatasi a partire dagli anni '80, ha condotto in particolare all'istituzione, nel 1998, di un Gruppo di lavoro *ad hoc*, denominato *Group of States against Corruption* (GRECO), deputato a monitorare, mediante attività di valutazione reciproca tra i vari Stati, l'osservanza delle disposizioni del Consiglio dettate – come vedremo a breve, segnatamente dalla Convenzione COE del 1999 – ai fini del contrasto alla corruzione[16].

La principale iniziativa del COE in materia di lotta al fenomeno corruttivo, però, è stata senz'altro la Convenzione di diritto penale sulla corruzione di

[12] In tal senso v. altresì V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 529, il quale evidenzia come «obiettivo centrale della Convenzione OCSE, così, non è preservare l'integrità e il corretto funzionamento della pubblica amministrazione coinvolta dagli illeciti corruttivi, ma di scongiurare le distorsioni concorrenziali da essi generate, salvaguardando la correttezza delle transazioni internazionali e così anche gli interessi economici dei partecipanti alla competizione globale».

[13] Con la risoluzione dell'Assemblea generale n. 3514/1975, intitolata "Misure contro le pratiche corruttive transnazionali".

[14] *United Nations Convention Against Corruption*, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4 nella sede principale di New York, ed aperta alla firma di tutti gli Stati dal 9 all'11 dicembre 2003 a Merida. Riguardo l'Italia, la firma è avvenuta il 9 dicembre 2003, e la ratifica ed esecuzione con l. 3 agosto 2009, n. 116.

[15] Sul punto, per approfondimenti ulteriori, v. G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità' giudiziarie*, Milano, 2007, p. 68 ss. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 562 ss.; P. WEBB*, The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?,* in *Journal of International Economic Law*, 2005, p. 191 ss.

[16] V. al riguardo V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 486.

Strasburgo del 27 gennaio 1999, entrata in vigore il 1° luglio 2002[17]. Sotto il profilo del contrasto alla corruzione tra privati, lo strumento normativo internazionale in questione è particolarmente interessante, sancendo – agli artt. 7 e 8 – due obblighi di incriminazione cogenti per le parti – e sulla ottemperanza ai quali, come appena visto, è attribuita una competenza sul monitoraggio agli stessi altri Stati aggregati nel GRECO – relativi, rispettivamente, alla corruzione attiva ed a quella passiva.

D. La Decisione Quadro UE 2003/568/GAI.

Il primo strumento normativo di un certo impatto adottato dall'Unione Europea (all'epoca ancora "Comunità Europea") in materia è stata la Convenzione sulla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri della UE, emanata il 26 maggio 1997, ed entrata in vigore il 28 settembre 2005.

Il Consiglio della UE ha poi rivolto peculiare attenzione al tema del contrasto alla corruzione nel settore privato, adottando *in primis* l'azione comune 98/754/GAI del 22 dicembre 1998, e poi la ben più "impattante" decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, emanata a norma del titolo VI del trattato UE, e relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato[18].

## 3. *La disciplina prevista dagli artt. 2635 e 2635*-bis *c.c.*

Come si è visto nelle precedenti pagine, tra la fine degli anni '90 del secolo scorso ed i primi anni dell'attuale, l'Italia ha assunto importanti obbligazioni inserite in strumenti normativi sovranazionali con riferimento al contrasto al

[17] *Criminal Law Convention on Corruption – Treaty n. 173,* aperto alle firme a Strasburgo in data 27 gennaio 1999, ed entrata in vigore il 1° luglio 2002. Al novembre 2018, la Convenzione è stata ratificata da 48 Stati, e cioè tutti i 47 membri del COE, più la Bielorussia. Per maggiori informazioni, comunque, si rimanda al sito web istituzionale *www.coe.int*.

[18] Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, entrata in vigore con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Unione Europea in data 31 luglio 2003, ed il cui termine per la recezione da parte degli Stati membri della UE è scaduto il 22 luglio 2005. Al riguardo, tra i tanti, v. G.M. ARMONE, *La corruzione nel settore privato*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 271 ss.; G. DE AMICIS, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, relativa alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, sulla lotta contro la corruzione nel settore privato,* in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 480 ss.; A. SPENA, *La corruzione: paradigmi e strategie di lotta nella normazione inter- e sovranazionale*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali,* Milano, 2005, p. 967 ss.; F. STRAZIOTA, *Legge anticorruzione e attuazione degli obblighi europei, l'ennesima occasione mancata?,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2014, p. 149 ss.

fenomeno della corruzione nelle sue molteplici sfaccettature. Uno dei settori nei quali la normativa penale italiana era senz'altro inadempiente rispetto ai suddetti vincoli internazionali era proprio quello della corruzione tra privati, le cui condotte, fino al 2002, erano penalmente irrilevanti.

È stato infatti il D.lgs. n. 61/2002 ad introdurre – pur con una formulazione ancora non pienamente ottemperante a quanto disposto in sede internazionale – per la prima volta nel nostro ordinamento un delitto *ad hoc* (art. 2635 c.c.), oggetto peraltro di numerosi successivi interventi legislativi, i quali hanno comunque portato ad un assetto normativo attuale che suscita ancora perplessità tra molti accademici e "pratici" del diritto penale.

### 3.1. *Il novellato testo,* ex *d.lgs. n. 38/2017 e l. n. 3/2019, dell'art. 2635 c.c.: un incisivo passo in avanti verso l'adozione del modello "pubblicistico" di tutela?*

Il legislatore italiano, pur avendo implementato in un decennio due importanti interventi legislativi in materia di corruzione fra privati, ha deciso di re-intervenire sulla disciplina risultante dalla riforma del 2012 principalmente poiché, successivamente alla pubblicazione della *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione – Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo* del 3 febbraio 2014, ed alla risposta italiana – che riconosceva la non piena conformità del disposto dell'art. 2635 c.c. agli obblighi stabiliti dalla decisione quadro n. 2003/568/GAI – all'avvio della procedura EU-Pilot n. 8175/15/HOME da parte della Commissione europea (comunicata nel marzo 2016)[19], si prospettava per l'Italia il concreto rischio di subire una procedura di infrazione da parte della Commissione (ex art.358 TFUE) per mancata attuazione della menzionata decisione quadro n. 2003/568/GAI[20].

La riforma complessiva della normativa *de qua* è avvenuta però solo nel 2017, con il d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38, entrato in vigore il 14 aprile del 2017.

In primo luogo, va rilevata l'opzione – criticata da più parti – di continuare a mantenere la fattispecie criminosa deputata al contrasto alla corruzione tra privati nell'ambito del codice civile (art. 2635 c.c.), anziché procedere all'auspicata

[19] Procedura per omessa comunicazione, da parte dell'Italia, delle misure nazionali di recepimento di suddetta decisione quadro. V. al riguardo S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati,* cit., p. 715.

[20] In tal senso, tra gli altri, A. ROSSI, *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le Società,* 2017, p. 753 ss.; R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo,* cit., p. 8, il quale tra l'altro ricorda altresì come il GRECO, nel suo rapporto RC-III 9E 16-20 giugno 2014, avesse rinnovato gran parte delle critiche rivolte già alla normativa del 2002, dolendosi in particolare di «mancanza della punibilità delle condotte di offerta e sollecitazione e dell'attività di intermediazione; presenza di un nocumento alla società; permanenza come regola generale della perseguibilità a querela».

trasmigrazione della medesima nel codice penale, e venire così incontro alle già accennate recenti direttrici di politica criminale seguite da molteplici legislatori europei verso l'assimilazione tra corruzione privata e corruzione pubblica.

Pur senza la trasmigrazione dell'incriminazione in esame nel codice penale, ad ogni modo, il legislatore del 2017 ha operato – in ossequio alla decisione quadro del 2003 – un importante ampliamento dell'ambito applicativo del delitto *ex* art. 2635 c.c., estendendolo anche ai soggetti operanti nell'ambito di enti privati diversi dalle società commerciali. Al riguardo si è resa inoltre necessaria la riformulazione della rubrica del Titolo XI del Libro V del codice civile, che attualmente recita "Disposizioni penali in materia di società, consorzi ed altri enti privati".

Soggetti attivi. Passando ai soggetti attivi, l'apprezzabile innovazione apportata normativa riformista del 2017 è data dall'inserimento di un ulteriore comma (attualmente il secondo) in virtù del quale, ai soggetti apicali menzionati dal primo, sono equiparati coloro i quali esercitano funzioni direttive diverse da quelle assegnate ai primi. In siffatta categoria, peraltro, si ritiene congruo far confluire, per esclusione, funzionari direttivi di seconda fascia diversi da quelli menzionati nel primo comma, e che nel contempo non siano figure professionali sottoposte ai poteri di direzione o vigilanza dei dirigenti e funzionari apicali[21].

La condotta tipica. Più contundenti sono invece le modifiche apportate dalla novella legislativa *de qua* alla descrizione della condotta tipica di cui all'art. 2635 c.c., cui va aggiunta l'incriminazione di una nuova fattispecie di "Istigazione alla corruzione tra privati" (art. 2635-*bis* c.c., oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo).

In *primis*, va sottolineato come si sia passati da un delitto di evento, dato dal compimento od omissione, da parte dell'intraneo, di un atto infedele a seguito di dazione o promessa – *rectius*, di duplice evento, essendo richiesto un nocumento per l'ente; ad uno di mera condotta[22], per il quale autorevole dottrina ha parlato di "doppia anticipazione della rilevanza penale del fatto"[23].

Al di là del mutamento della struttura oggettiva del delitto appena esposta,

[21] F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati,* cit., p. 5.

[22] V. al riguardo, in particolare, S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati,* cit., p. 718, secondo il quale, mentre nel precedente testo dell'art. 2635 c.c., vigente dal 2012 al 2017, era nella sostanza tipizzata una corruzione propria antecedente incentrata sull'esecuzione dell'atto pattuito (ove fosse pregiudizievole per l'ente), «nella nuova formulazione, il compimento o l'omissione dell'atto costituisce invece solo il termine finalistico della sollecitazione, offerta, dazione o promessa ("per compiere o per omettere")», e «fermo restando la non punibilità della corruzione susseguente, è dunque venuto meno l'evento e, sul piano strutturale, l'art. 2635 prevede un reato di mera condotta».

[23] Così A. SPENA, *Oltre il modello mercantile? Velleità ed inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata,* in AA.VV. (a cura di R.Bartoli e M. Papa), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto,* Torino, 2018, p. 112 ss.

vanno peraltro rilevate alcune modificazioni di non trascurabile effetto, e cioè:

1) La tipizzazione, in conformità agli obblighi di fonte internazionale, della condotta dell'*intraneus* consistente nel "sollecitare" la corresponsione di denaro o altra utilità;

2) La specificazione che il denaro o altra utilità devono essere non dovuti, innovazione di dubbia utilità, trattandosi comunque di una locupletazione connessa al compimento/omissione di "atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà"[24];

3) L'espunzione del requisito (che era qualificabile come secondo evento del reato) che dalle condotte sopra descritte derivi un nocumento per l'ente.

### 3.2. *La nuova fattispecie di "Istigazione alla corruzione tra privati" (art. 2635-bis c.c.), e le sanzioni per gli enti giuridici*

Altra novità rilevante apportata (nel 2017) in materia *de qua* è l'introduzione della "Istigazione alla corruzione tra privati", una sorta di "reato satellite" della figura criminosa primariamente deputata al contrasto al fenomeno della corruttela privata, e logicamente inserito nell'articolo (2635-*bis* c.c.) immediatamente successivo.

Il delitto di "Istigazione alla corruzione tra privati" sanziona, con pena ridotta di un terzo rispetto all'art. 2635 c.c., ipotesi in cui il patto corruttivo non si perfezioni, in quanto all'iniziativa unilaterale (dell'intraneo o estraneo) non segua l'adesione del destinatario della medesima.

Relativamente alla responsabilità da reato delle persone giuridiche, il d.lgs. n. 38/2017 è intervenuto a sanare l'eccessiva mitezza contemplata dalla previgente disciplina nei confronti delle persone giuridiche responsabili "amministrativamente" per la fattispecie criminosa *de quo ex* art. 25-*ter,* lett. 2 *bis*, d.lgs. n. 231/2001: le sanzioni pecuniarie sono state incrementate, e soprattutto è stata finalmente contemplata l'applicazione delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2° del d.lgs. n. 231/2001.

### 3.3. *Il regime di procedibilità a seguito della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019)*

Passando ai profili relativi alla procedibilità del reato, il legislatore "riformista" del 2017 aveva mantenuto per i delitti in esame la procedibilità a querela, salvo l'ipotesi – foriera di rilevanti criticità esegetiche – in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza.

[24] Si concorda peraltro, all'uopo, con A. ROSSI, *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione tra privati*, cit., p. 763, la quale rimarca come la prescrizione che i vantaggi del patto corruttivo siano indebiti è ad esempio assente nella corruzione pubblica propria *ex* art. 319 c.p., «sulla considerazione che, in relazione alla contrarietà degli atti ai doveri di ufficio, come dell'omissione di atti doverosi dell'ufficio, la qualificazione non pare necessaria e sarebbe, se presente, ultronea».

Il cambio radicale in materia, comunque, è avvenuto però proprio con la l. n. 3/2019 (c.d. "legge spazza-corrotti")[25], il cui art. 5 ha disposto la procedibilità d'ufficio *tout court* per entrambi i reati di corruzione tra privati, espungendo dal testo i commi degli artt. 2635 e 2635-*bis* c.p. che contemplavano – salvo l'eccezione summenzionata – il requisito della querela.

Tale scelta, peraltro, è assolutamente condivisibile, se si considera che:

1) Per quanto concerne i casi procedibili a querela (dopo la riforma del 2012 "apparentemente" limitati a quelli non cagionanti una distorsione della concorrenza), in presenza di condotte corruttive realizzate da un soggetto apicale in compagini societarie, la querela raramente veniva presentata, in quanto – pur riconoscendo, causa conflitto d'interessi, il potere di proporla in capo all'assemblea dei soci, e non all'organo di gestione – spesso il ruolo apicale del soggetto da querelare tendeva a influire, in senso "paralizzante", sull'esito della delibera societaria[26].

2) La determinazione delle ipotesi di "distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi", poste dalla novella legislativa del 2012 a fondamento di un'eccezione alla regola della procedibilità a querela, rappresentava un'impresa esegetica ai limiti dell'impossibile, per plurime ragioni, prima delle quali – di tutta evidenza – la molteplicità di significati associabili al concetto di "concorrenza", in relazione sia ai suoi contenuti, sia ai possibili referenti della tutela[27].

3) I rilievi formulati dal GRECO nel rapporto sull'Italia del 2012, nel quale la perseguibilità a querela (all'epoca, *ante* l. n. 190/2012, senza eccezioni), veniva segnalata come uno degli ostacoli ad un effettivo contrasto della corruzione tra privati[28].

### 3.4 *Il (non) impatto giurisprudenziale del delitto* ex *art. 2635 c.c., e la recente sentenza 24/1/2018 n. 100 del Tribunale di Ancona*

Passando dal *"Law in the books"* al *"Law in action"*, va rilevato come le considerazioni in materia di applicazione giurisprudenziale del reato *de quo* riguardino al momento la disciplina vigente dal 2002 al 2012, quando l'art. 2635 c.c. era rubricato "Infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità", o al

[25] La cui entrata in vigore è avvenuta in data 31 gennaio 2019.

[26] Per approfondimenti sul punto v., per tutti, la trattazione specifica in materia di diritto di querela con riferimento al delitto *ex* art. 2635 c.c. di F. CERQUA, *Le condizioni di procedibilità,* in AA.VV. (a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA e L. LUPARIA), *Diritto penale delle società,* Milano, 2016, p. 32 ss.

[27] Così E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale,* cit., p. 384, al quale si rinvia per una più approfondita trattazione, inserita in una corposa e brillante opera monografica, del tema in questione.

[28] Sul punto v., in particolare, S. SEMINARA*, Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 714.

più quella vigente dal 2012 al 2017, periodo nel quale il delitto aveva già assunto l'attuale denominazione "Corruzione tra privati", mentre per quanto concerne l'attuale assetto normativo determinato (eccetto le modifiche alla procedibilità della l. n. 3/2019) dal d.lgs. n. 38/2017, la necessità di tempi spesso dilatati – sia per le indagini che per le fasi processuali – rende abbastanza improbabile la pronuncia di sentenze di merito entro il 2019[29].

Pur in assenza di approfonditi studi sulla recezione giurisprudenziale del delitto di cui all'art. 2635 c.c. nell'intero suo periodo di vigenza, iniziato nel 2002, va comunque osservato come sia dato certo ed inoppugnabile, quasi notorio, la scarsezza di sentenze di condanna emesse per condotte di corruzione tra privati nell'ordinamento italiano. Si è difatti osservato in dottrina che, dalla relazione di accompagnamento al progetto di riforma poi sfociato nel d.lgs. n. 38/2017, si evinca come nel 2013 e 2014 siano stati rilevati unicamente due processi per il delitto *de quo* in fase dibattimentale, ed otto incardinati presso gli uffici del GUP[30], mentre nel maggio 2014 si rilevava la totale assenza di sentenze concernenti fatti commessi successivamente all'entrata in vigore – 28 novembre 2012 – della l. n. 190/2012, e altresì la decisa scarsità di quelle riguardanti il delitto di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" precedentemente vigente[31]. A titolo di comparazione, si pensi che – secondo quanto documentato dallo studio statistico, pubblicato nel 2012, dell'ISTAT sulla corruzione in Italia – in Italia nell'anno 2016 sono state emesse 154 sentenze di condanna per condotte di corruzione propria (attuale art. 319 c.p., "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio"), e altresì 117 per condotte di istigazione alla corruzione (attuale art. 322 c.p.)[32].

In epoca abbastanza recente (il deposito è avvenuto il 19 aprile 2018), ad ogni

[29] Si consideri, a titolo esemplificativo, che i fatti oggetto della sentenza di condanna del 24/1/2018, n. 100, del Tribunale penale di Ancona, si sono svolti nel 2010 (il reato è stato ritenuto consumato il 28 luglio 2010, data dell'erogazione dei finanziamenti effetto dell'accordo illecito), con la querela sporta dall'ente offeso dal reato (Banca d. M.) in data 11 marzo 2013, il rinvio a giudizio disposto dal GUP presso il Tribunale di Ancona con decreto del 10 novembre 2016, e la sentenza emessa addirittura nel 2018. Tutto ciò a cagione dell'estrema complessità degli accertamenti sui movimenti e transazioni economici/finanziari addebitati agli imputati: si tenga presente, tra l'altro, che la normativa applicata – in quanto ritenuta più favorevole per gli imputati – è stata quella originariamente introdotta dal d.lgs. n. 61/2002.

[30] F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati,* cit., p. 11.

[31] Così L. ZOLI, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della "Corruzione tra privati"*, in *Dir. pen. Cont.* (rivista giur. Trimestrale), 2014, p. 422, la quale rileva come «al momento della pubblicazione del presente contributo [maggio 2014], si ha unicamente conoscenza di talune pronunce della Suprema Corte tutte afferenti la medesima vicenda fattuale: Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, di annullamento parziale con rinvio della sentenza del Trib. lib. Milano, 25 luglio 2012; Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 14765 e 14766».

[32] ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie,* 2017, consultabile *online* sul sito web istituzionale *www.istat.it*, p. 18 (prospetto 2).

modo, è stata pronunciata dal Tribunale penale di Ancona un'interessante sentenza di condanna per il delitto di cui all'art. 2635 c.c., la n. 100 del 24/1/2018: siffatta decisione, pur emanata da una corte di merito, ed applicante la disciplina normativa pre-riforma 2012 (*ex* D.lgs. n. 61/2002), assume però sicura rilevanza al fine di illustrare le problematiche concrete che circondano l'applicazione giurisprudenziale della fattispecie criminosa oggetto del presente studio, e ciò in considerazione della particolare rilevanza e gravità del caso (con un'utilità per l'intraneo corrotto di oltre 3 milioni di €), e dell'ampiezza dei ragionamenti svolti dalla corte marchigiana sulla disposizione normativa di cui all'art. 2635 c.c. (inseriti nel contesto di una sentenza di 164 pagine)[33].

Alla luce di quanto visto nelle precedenti pagine, si ritiene di sommo interesse procedere ad un'analisi comparatistica della normativa penale al riguardo di due centrali ordinamenti europei (Spagna e Inghilterra), al fine di verificare se le criticità evidenziate, con riferimento alla disciplina italiana, siano riscontrabili anche oltre confine, e vagliare le soluzioni – più o meno analoghe – all'uopo adottate.

## 4. *La disciplina inglese del* Bribery Act (BA) *2010*

Ai fini dell'approfondimento del tema del contrasto penale alla corruzione tra privati è senz'altro interessante, a livello comparatistico, procedere innanzitutto all'approfondimento dei profili concernenti la disciplina vigente nel Regno Unito, quale risultante dall'entrata in vigore – nel luglio 2011 – del *Bribery Act* 2010 (d'ora in avanti sovente abbreviato in "BA")[34]: l'interesse per l'ordinamento

[33] Trib. di Ancona, sez. penale, sent. n. 100 del 24/1/2018 (depositata il 19/4/2018), consultabile *online* su *www.replegal.it*.

[34] Nell'ampia letteratura in argomento, v., *ex multis*, per quella in lingua italiana R. GUAINERI, *La nuova legge inglese anticorruzione (Bribery Act 2010)*, in *Dir. pen. cont.* (quotidiano giuridico *online*), 15 aprile 2011, p. 1 ss.; E. *LA ROSA*, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico,* cit., p. 76 ss.; M. LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir. pen. cont.* (quotidiano giuridico *online*), 10 ottobre 2014, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 407 ss.; per quella in lingua inglese v. B.W. BEAN/E. MACGUIDWIN, *Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010*, in *Indiana Intern. & Comp. Law Rev.,* 2012, p. 63 ss.; G. BELCH, *An Analysis of the Efficacy of The Bribery Act 2010*, in *Aberdeen Student Law Review*, 2014, p. 134 ss.; M. RAPHAEL, *Bribery: Law and Practice,* Oxford, 2016; B. SULLIVAN, *Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010,* in AA.VV. (*edited by* J. Horder e P. Aldridge), *Modern Bribery Law. Comparative perspectives,* Cambridge, 2013, p. 13 ss.; G. SULLIVAN, *The Bribery Act 2010: (1) An Overview*, in *Crim. Law Rev.*, 2/2011, p. 87 ss.; P. YEOH, *The UK Bribery Act 2010: contents and implications*, in *Journal of Financial Crime*, 1/2012, p. 37 ss. Assume altresì particolare interesse, pur se di quasi un decennio antecedente all'entrata in vigore del BA 2010, R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in AA.VV. (a cura di R. Acquaroli e L. Foffani), *La corruzione tra*

britannico, tra le molteplici ragioni, scaturisce *in primis* dalla particolare attenzione da esso sempre riservata al contrasto della criminalità d'impresa e nell'impresa (si consideri ad esempio il fatto che in tale sistema la responsabilità penale delle persone giuridiche fu introdotta decenni prima che negli ordinamenti di *Civil Law*[35]), e soprattutto dall'equiparazione normativa tra le ipotesi di corruzione nel settore pubblico, e quelle di corruzione nel settore privato[36]. La rilevanza del suddetto ordinamento, peraltro, è innegabile a prescindere dagli incerti esiti del processo di distacco dall'Unione Europa ("Brexit") del Regno Unito avviato a seguito del referendum del 23 giugno 2016.

### 4.1. *Quadro generale delle principali previsioni del BA 2010*

Il *Bribery Act* 2010 è uno *Statute* abbastanza 'snello', composto da venti *sections* (cui si aggiungono due *schedules*), tra le quali rilevano soprattutto – ai fini del presente scritto – le prime nove, ripartite tra "*General bribery offences"* (secs. 1-5), "*Bribery of foreign pubblic officials"* (sec. 6), e "*Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery"* (secs. 7-9)[37].

Più nel dettaglio, le *offences* previste per le persone fisiche – le quali non sono ripartite, come già in buona sostanza avveniva in precedenza, tra reati di corruzione pubblica e corruzione privata (opzione legislativa le cui motivazioni verranno a breve approfondite) – sono:

A) Reati di corruzione attiva (*"Offences of bribing another person",* sec. 1).

B) Reati di corruzione passiva (*"Offences relating to being bribed",* sec. 2).

C) Reati concernenti la corruzione di funzionari pubblici stranieri (*"Bribery of foreign pubblic officials",* sec. 6).

Per quanto riguarda invece le sole persone giuridiche, è stata altresì introdotta la *offence* di *"Failure of commercial organisations to prevent bribery"* (sec. 7).

*privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma,* cit., p. 157 ss. (traduzione in italiano a cura di C. Bardelli).

[35] Per approfondimenti sull'ordinamento penale inglese in generale v., tra i testi italiani più aggiornati, F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3a ed., Torino, 2013, p. 210 ss.

[36] Se si è interessati al tema della repressione penale della corruzione privata in altri importanti ordinamenti europei (diversi da quello spagnolo, di cui si tratterà nel prosieguo del presente scritto), v. – in lingua italiana – E. LA ROSA, *La repressione penale della "corruzione privata",* cit., p. 20 ss., il quale analizza – nell'ordine – gli ordinamenti austriaco (p. 20 ss.), francese e olandese (p. 28 ss.), svedese (p. 38 ss.), ed infine tedesco (p. 42 ss.). V. altresì, seppure aggiornati al 2003, i seguenti contributi, tutti inseriti in AA.VV. (a cura di R. Acquaroli e L. Foffani), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma,* cit.: M.P. LUCAS DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia* (p. 101 ss.); P. TAK, *Il reato di corruzione privata in Olanda* (p. 143 ss.); J. VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca* (p. 43 ss.).

[37] Il testo completo dell'atto normativo è reperibile sul sito istituzionale *https://www.legislation.gov.uk*.

### 4.2. *L'equiparazione della corruzione pubblica e di quella privata*

La scelta di fondo che caratterizza il BA 2010, e che senz'altro rappresenta l'elemento maggiormente al centro dell'attenzione dei commentatori provenienti dai paesi dell'Europa continentale, è l'adozione di un modello unitario di contrasto/repressione penale del fenomeno corruttivo, in seno al quale non viene fatta alcuna distinzione tra le condotte coinvolgenti funzionalmente soggetti appartenenti al settore pubblico, e quelle poste in essere tra privati.

Una siffatta opzione legislativa, peraltro, apparentemente non rappresenta – come si è visto nelle scorse pagine – un'accentuata discontinuità con la disciplina previgente, nella quale non vi erano rilevanti differenze nella descrizione delle condotte di corruzione pubblica e privata, e nelle sanzioni ad esse applicabili[38]. Non va però obliterata l'importante innovazione costituita dall'unificazione del regime probatorio tra i casi di corruzione privata e quelli di corruzione pubblica: in precedenza difatti, nell'ipotesi di coinvolgimento di pubblici funzionari, si applicava, ai sensi del *Prevention of Corruption Act* 1916, una "presunzione di corruzione", per cui "qualunque compenso o promessa, offerti o accettati da una persona impiegata in un ente pubblico, volta ad esempio ad ottenere un contratto" si presumeva costituisse *bribery*, con sensibile aggravio per la difesa dell'accusato, la quale era gravata dall'onere di provare il contrario. Il differente regime probatorio appena descritto, unito al tradizionale principio di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale vigente nel Regno Unito, orientava dunque naturalmente, nella prassi applicativa, ad una netta prevalenza della repressione delle condotte di corruzione nel settore pubblico.

Se pertanto il BA 2010 ha optato in modo chiaro per la tipizzazione di fattispecie criminose "generali" (e cioè quelle di corruzione attiva e passiva rispettivamente previste dalle secs. 1 o 2) nelle quali non si distingue tra funzionari pubblici e privati, vanno ad ogni modo segnalati due 'temperamenti' del regime unitario di disciplina, e cioè:

1) È prevista, come già accennato, una *offence* di "Corruzione di funzionari pubblici stranieri" ("*Bribery of foreign pubblic officials")*, la quale con tutta evidenza fa espresso riferimento al settore pubblico, escludendo quello privato.

2) Le *sentencing guidelines*, cioè le linee guida emanate dal *Sentencing Council* al fine di orientare le corti nella fase di commisurazione della pena[39], emanate in

[38] Cfr. R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, cit., p. 160 ss.

[39] Le c.d. '*sentencing guidelines*' sono delle tabelle legislative (o sub-legislative) recanti dei 'sub-compassi edittali', di natura cogente, per varie sotto-fattispecie (es.: condotta corruttiva di lunga/breve durata, motivata da un aspettativa di un arricchimento ingente/non motivata da arricchimento personale ecc.), tabelle dirette ad 'imbrigliare' la discrezionalità giudiziaria, ed in tal modo garantire quella che – utilizzando categorie ermeneutiche dell'Europa continentale – potremmo definire "legalità sanzionatoria", e che nel Regno Unito viene denominata innanzitutto

materia di corruzione, e vigenti dal 1° ottobre 2014[40], considerano fattori sintomatici di "alta colpevolezza" ("*high culpability")*, e dunque tali da orientare ad una pena maggiormente severa, sia la "intesa corruzione (diretta o indiretta) di un *senior official* esercitante una funzione pubblica", che la "intesa corruzione (diretta o indiretta) di un *law enforcement officer*".

### 4.3. *Le scelte di tipizzazione relative alle* offences *concernenti le condotte di corruzione attiva e di corruzione passiva (secs. 1-5)*

Come già visto in precedenza, il *Bribery Act* 2010 tipizza in due distinte previsioni le ipotesi criminose "generali" concernenti la corruzione attiva (sec. 1) e la corruzione passiva (sec. 2), in questo seguendo un ordine opposto a quello dell'art. 2635 c.c. italiano, che nell'elencare le condotte inizia con la descrizione (comma 1°) di quelle dell'intraneo. La tecnica di descrizione delle condotte criminose è, come tipico dell'ordinamento britannico, di tipo "casistico"[41], sebbene – in comparazione con la maggioranza delle *offences* incriminate altri s*tatutes* – mostri un maggiore avvicinamento al nostro modello continentale di tipizzazione "sintetica".

Corruzione attiva. Principiando dunque dalla *offence* relativa alla corruzione attiva *("Bribing another person"),* la stessa, ai sensi della sec. 1 del BA 2010, contempla due distinte varianti, di cui la prima (subsec. 2) richiede:

I) una condotta consistente nell'offrire, promettere o dare un vantaggio finanziario, o di altro tipo, ad un'altra persona;

II) l'essere tale vantaggio finalizzato, da parte dell'agente, ad indurre il destinatario ad esercitare in maniera improria (*"perform improperly"*) una rilevante funzione o attività; oppure a ricompensare l'altra persona per l'esercizio improprio di una tale funzione o attività.

Per la seconda variante (subsec. 3), per converso, occorrono:

I) una condotta consistente nell'offrire, promettere o dare un vantaggio

*"consistency in sentencing",* senza però nel contempo intaccare l'indipendenza degli organi giudicanti. L'organo cui è affidata, a partire dal *Coroners and Justice Act* 2009, la competenza ad elaborare tali linee guida in materia di commisurazione della pena è il *Sentencing Council,* organo composto da 8 membri togati, e da 6 membri non togati, il cui procedimento di nomina prevede un importante ruolo svolto dal governo, ma altresì una necessaria cooperazione con la Magistratura. Per approfondimento sul tema v., *ex plurimis*, AA.VV. (a cura di A. Ashworth and J.V. Roberts), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model,* Oxford, 2013; J.V. ROBERTS, *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Houndsmills, 2015.

[40] SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, 2014, p. 41 ss., consultabile *online* sul sito istituzionale del *Sentencing Council www.sentencingcouncil.org.uk* .

[41] Ciò è reso evidente anche dalla stessa formulazione: "(1) Una persona ("P") commette un reato qualora si verifichi almeno uno dei seguenti due casi: (2)... (3)....".

finanziario, o di altro tipo, ad un'altra persona;

II) la consapevolezza (*"knows or believes"*) da parte dell'agente, cioè del corruttore, che l'accettazione di un siffatto vantaggio configuri *in re ipsa,* e dunque in quanto tale, un improprio esercizio di una rilevante funzione o attività.

Corruzione passiva. La sec. 2, deputata all'incriminazione delle condotte di corruzione passiva *("being bribed"),* prevede ben quattro distinte ipotesi, di cui la prima (subsec. 2) richiede:

I) una condotta consistente nel richiedere, aderire alla ricezione o accettare un vantaggio finanziario, o di altro tipo;

II) l'intendere che, in conseguenza del vantaggio di cui sopra, una rilevante funzione o attività verrà esercitata in modo improprio, da parte del soggetto corrotto o ad opera di altra persona.

La seconda variante (subsec. 3) è poi integrata in presenza di una condotta consistente nel richiedere, aderire alla ricezione o accettare un vantaggio finanziario, la quale *in re ipsa,* e dunque in quanto tale, configuri un improprio esercizio di una rilevante funzione o attività.

La terza ipotesi (subsec. 4) prevede, invece, che l'intraneo richieda, aderisca alla ricezione o accetti un vantaggio finanziario o di altro tipo quale ricompensa per l'improprio esercizio – anche da parte di terza persona – di una rilevante funzione o attività.

L'ultimo caso (subsec. 5), infine, richiede che una funzione rilevante venga esercitata impropriamente dall'intraneo – o da altra persona su richiesta, consenso, o acquiescenza di quest'ultimo – in anticipazione o in conseguenza di una richiesta, adesione alla ricezione o accettazione di un vantaggio finanziario o di altro tipo.

Gli elementi cardine delle *offences* di corruzione attiva e passiva. Le due principali fattispecie criminose, di portata generale, del BA 2010 sono entrambe incardinate su due fondamentali presupposti: il primo è che la condotta corruttiva debba essere correlata con l'esercizio di attività o funzioni rilevanti da parte dell'intraneo, mentre il secondo è dato dal legame tra la proposta/offerta/sollecitazione corruttiva con un'impropria estrinsecazione di tali attività o funzioni.

La determinazione del concreto significato – ed estensione applicativa - dei fondamentali concetti *de quibus* non è comunque totalmente rimessa all'opera esegetica della giurisprudenza, essendo state inserite all'uopo tre norme definitorie (*secs.* 3, 4 e 5) nel BA 2010[42].

[42] Per approfondimenti sul punto v., per tutti, E. LA ROSA*, Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico,* cit., p. 79 ss.

4.4. *Le sanzioni applicabili alle persone fisiche, e le linee guida in materia di commisurazione della pena (*"sentencing guidelines"*) in vigore dal 1° ottobre 2014*

Per quanto pertiene alle sanzioni ricollegate alla commissione dei delitti appena analizzati per le persone fisiche (quelle applicabili agli enti giuridici verranno trattate nel prossimo paragrafo, dedicato al delitto di cui alla sec. 7), le stesse sono elencate dalla sec. 11, che impone per le summenzionate *offences* di cui alle secs. 1, 2, e 6 le seguenti pene:

1) In caso di *summary conviction* (condanna a seguito di "procedimento sommario"[43]), la reclusione ("*imprisonment*") per un periodo non eccedente i dodici mesi, e una multa che inizialmente era limitata, per l'Inghilterra ed il Galles, ad un ammontare massimo di 5000£, limite che però, a partire dal 12 marzo 2015, è stato eliminato dall'art. 85 del *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders (LASPO) Act* del 2012.

2) in caso di *conviction on indictment* (condanna a seguito di "procedimento con incriminazione / rinvio a giudizio"[44]), la reclusione ("*imprisonment*") per un periodo non eccedente i dieci anni mesi, e ad una multa illimitata.

Si ritiene all'uopo di particolare interesse, anche alla luce del possibile temperamento di talune delle conseguenze applicative da più parti criticate dell'equiparazione tra corruzione pubblica e privata, dare sinteticamente conto delle linee guida in materia di commisurazione della pena applicabili alle *offences* in commento a partire dal 1° ottobre 2014[45].

In virtù di tali – per le corti britanniche vincolanti – linee guida, gli organi giudicanti devono tenere presenti, per determinare la pena base, innanzitutto la gravità del reato, desunta dal grado di colpevolezza (*culpability)* e dall'offensività concreta della condotta corruttiva (*harm).* I fattori inerenti la persona dell'imputato, per converso, assumono rilevanza unicamente nella seconda fase del processo di *sentencing,* e comunque le linee guida conferiscono loro peso indubbiamente inferiore rispetto ai due summenzionati fattori. L'incidenza sulle opzioni sanzionatorie giudiziali di tali *sentencing guidelines* d'oltremanica*,* peraltro, è ben superiore a quella del nostro art. 133 c.p., posto che – relativamente ai reati di *bribery* – vengono individuati tre livelli di colpevolezza (A – alto; B – medio; C – basso), e quattro di offensività concreta (categorie 1, 2, 3 e 4), per i quali vengono

[43] In suddetta ipotesi, il procedimento avviene di regola di fronte alle *Magistrates' Courts,* dinnanzi ad un magistrato cui è conferito il potere decisorio, e dunque senza la presenza di una giuria.

[44] In siffatto caso, il procedimento avviene, a seguito di un formale atto di incriminazione di regola emanato dal *Crown Prosecution Service,* di fronte alle *Crown Courts,* e con la presenza di una giuria incaricata di decidere sulla colpevolezza o non colpevolezza dell'imputato.

[45] Per uno studio più approfondito delle medesime, si rimanda alla consultazione diretta (e gratuita *online* sul sito istituzionale del *Sentencing Council*) di SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 41 ss.

specificamente indicati gli indicatori. Nel caso della colpevolezza, ad esempio, il livello A (alto) sarà attestato dalla sussistenza di fattori quali il "*leading role*" del soggetto nel caso di concorso di persone nel fatto corruttivo, l'aver coinvolto – esercitando pressione sulle medesime, altre persone nel reato, ecc.[46].

Per quanto concerne l'intensità dell'offesa arrecata, il livello massimo (*category 1*) si avrà ad esempio nel casi di gravi effetti dannosi provocati alla collettività, serio impatto ambientale, grave lesione all'appropriato funzionamento dei servizi pubblici ecc.[47].

La combinazione dei suddetti due fattori, tenendo presente la pena massima di dieci anni di reclusione (nell' ordinaria ipotesi di *conviction on indictment*), comporta la fissazione di una pena base (*starting point*), che corrisponde ad esempio a sette anni di reclusione nel caso di offensività 1 e colpevolezza A (dunque entrambe massime), ed a cinque anni in presenza di offensività 2 e colpevolezza A (o viceversa, offensività 1 e colpevolezza B)[48]. I fattori – aggravanti, quali la recidiva, o mitiganti, quali la buona condotta processuale – concernenti la persona del reo (ed il contesto del reato), andranno invece considerati successivamente, al fine di giungere all'individuazione della concreta misura della sanzione irrogata[49].

### 4.5. *La* offence *di cui alla sec. 7:* "Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery" *e le sanzioni previste per le persone giuridiche*

Dopo aver formulato le *offences* delle sec. 1, 2 e 6 indirizzandosi primariamente alle persone fisiche, il legislatore britannico ha poi tipizzato un'ipotesi criminosa espressamente riservata alle persone giuridiche, anzi più precisamente alle "organizzazioni commerciali" (*"commercial organisations).*

Trattasi della fattispecie criminosa di cui alla sec. 7, il cui titolo potrebbe tradursi come "Omessa prevenzione (o impedimento, in modo meno letterale), da parte di organizzazioni commerciali, di condotte di corruzione" (*"Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery"),* la quale sancisce la responsabilità delle organizzazioni commerciali (dunque, sostanzialmente, delle imprese) qualora un soggetto agente in loro nome *(associated person)*, avente i requisiti di cui alla sec. 8 (in sintesi, che agisca per conto o in nome – *performing services or on behalf* – dell'ente),

[46] SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 42.

[47] V. nota precedente.

[48] SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 43.

[49] SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 44.

realizzi una condotta di corruzione attiva di cui alle *offences* delle secs. 1 e 6 50.

Ai fini della responsabilità penale, la sec. 7 richiede che vengano dunque integrati – cumulativamente – i seguenti requisiti:

I) che l'organizzazione commerciale (subsec. 5) sia qualificabile come "rilevante", e cioè che la sede della suddetta sia nel Regno Unito, oppure – in difetto di tale circostanza – che svolga quanto meno la propria attività commerciale nel Paese d'oltremanica. Gli stessi criteri, inoltre, sono estesi anche alle *partnerships;*

II) che la *associated person* (subsecs. 1 e 3) commetta un reato di corruzione attiva di cui alle secs. 1 (*"bribing another person"*) o 6 (*"bribery of foreign public officials"*), indipendentemente dal fatto che costei sia indagata / processata / condannata per tale *offence*;

III) che il corruttore (susec. 1) agisca al fine di ottenere o mantenere un *business* per l'impresa, oppure per ottenere o mantenere un vantaggio nella conduzione di un *business* per l'ente.

Qualora si verifichino tali presupposti, l'unica possibilità per l'impresa di conseguire l'esenzione dalla responsabilità penale è riuscire a provare di aver posto in essere "adeguate procedure elaborate per prevenire la commissione di tali condotte da parte di *associated persons*", secondo quanto disposto dalla subsec. 2 (sempre della sec. 7)[51].

Da ultimo, le sanzioni contemplate per le persone giuridiche ritenute responsabili dell'*offence* di cui alla sec. 7 del BA 2010 consistono, ai sensi della sec. 11, subsec. 3, nella multa di ammontare massimo illimitato. La medesima sanzione è inoltre prevista (sec. 11, subsec. 2), per le ipotesi di responsabilità giuridica derivanti da condotte criminose inquadrabili nelle secs. 1 o 6, e poste in essere da soggetti apicali appartenenti alle medesime compagini. Alle stesse può inoltre applicarsi l'istituto della confisca di cui al *Proceeds of Crime Act 2002,* e i loro "*Company Director"* possono essere interdetti ai sensi del *Company Directors Disqualification Act 1986.*

[50] In argomento v., per una trattazione più dettagliata, *ex multis* P. ALLDRIDGE, *The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA",* in *Ohio St. Law Journ.*, 2012, p. 1199 ss.; G. BELCH, *An Analysis of the Efficacy of The Bribery Act 2010*, cit. p. 140 ss.; I. CARR, *Development, business integrity and the UK Bribery Act 2010,* in AA.VV. (edited by J. Horder e P. Aldridge), *Modern Bribery Law,* cit., p. 149 ss. Sul tema della *Corporate Bribery* internazionale, il contrasto penale della quale è stata senz'altro una delle ragioni dell'introduzione della fattispecie criminosa in esame nel BA 2010 (oltre che di quella di cui alla sec. 6), v. N. LORD, *Regulating Corporate Bribery in International Business: Anti-Corruption in the UK and Germany,* Londra, 2014.

[51] V. al riguardo, sul punto specifico, J. JORDAN, *The Adequate Procedures Defense Under the UK Bribery Act: A British Idea for the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Stan. J.L. Bus. & Fin.*, 2011-2012, p. 31 ss.

### 4.6. *Considerazioni conclusive sulle opzioni di incriminazione adottate nel BA 2010*

Alla luce di quanto detto a proposito delle principali norme del *Bribery Act* 2010, possono in questa sede farsi alcune brevissime considerazioni sulle opzioni di incriminazione adottate dal legislatore britannico in sede di riforma – radicale, o apparentemente tale – della normativa di contrasto al fenomeno corruttivo globalmente inteso.

Come osservato da autorevole dottrina[52], si può senz'altro affermare che il legislatore d'oltremanica abbia inteso innanzitutto adottare un modello di repressione della corruzione incentrato su fattispecie unilaterali, e dunque incriminato in distinte *offences* – come si evince, in modo plastico, dalla semplice lettura del testo della sec. 1 e della sec. 2 – le condotte di corruzione attiva, da un lato, e quelle di corruzione passiva, dall'altro versante.

In secondo luogo, come si è visto dai numerosi riferimenti al dolo specifico (traduzione – in realtà non sempre totalmente appropriata – del concetto di "*intent")* quale elemento fondante di numerose ipotesi criminose, nel BA si assiste ad una pregnante anticipazione del momento a partire dal quale scatta la "rilevanza penale corruttiva" delle condotte[53].

### 4.7. *L'implementazione giurisprudenziale del BA negli anni 2011-2018, e l'impatto dell'istituto del "rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale" (*"Deferred Prosecution Agreement"*, introdotto nel 2014)*

Passando infine dalla *Law in the books* alla *Law in action,* va evidenziato come l'implementazione giurisprudenziale del *Bribery Act* 2010, con riferimento soprattutto ai "*corporate crimes"* di corruzione su larga scala, la cui repressione ad ampio raggio è stata una delle ragioni principali che hanno spinto il legislatore britannico ad approvare la legislazione riformista, sia stata nel periodo 2011-2018 senz'altro molto ridotta rispetto alle aspettative.

Pur se la prima condanna per uno dei reati previsti dal BA 2010 è stata emessa il 14 ottobre 2011, dunque solo pochi mesi dopo la sua entrata in vigore nel luglio del medesimo anno, relativamente a un caso di corruzione di un funzionario amministrativo di un tribunale londinese[54], si è dovuto attendere un

[52] V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 416 ss.

[53] Sempre V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., p. 416 ss., parla – ad avviso dello scrivente in modo condivisibile – di «filosofia di intervento penale radicalmente "soggettivistica"», facendo poi espresso riferimento alla rilevanza penale accordata già a condotte unilaterali di istigazione alla corruzione attiva o passiva, senza alcuna differenziazione – salvo quanto disposto dalle *sentencing guidelines* – astratta tra le suddette e le ipotesi di corruzione "bilaterale" sfociate nella corresponsione dell'utilità illecita.

[54] Trattasi del caso di M.Y. Patel, funzionario della *Redbridge Magistrates' Court* di Londra. condannato dalla *Southwark Crown Court* per corruzione passiva (sec. 2 del BA 2010, quanto meno

considerevole lasso di tempo per assistere ad una condanna per un caso *high profile* di criminalità corruttiva d'impresa, a seguito di indagini ed esercizio dell'azione penale condotti dal SFO (*Serious Fraud Office*).

Trattasi infatti del caso *Sustainable Growth Group* (SGG) e *Sustainable Agroenergy Plc* (SAE)*,* concernente una truffa su larga scala (250 vittime) ai danni di investitori titolari di fondi di auto-investimento pensionistico (SIPPs), nell'ambito della quale sono stati accertate altresì condotte di corruzione attiva (sec. 1 BA 2010) da parte di S. Stone (all'epoca broker attivo nel settore dei fondi di investimento pensionistico), e di corruzione passiva (sec. 2) da parte di G. West (ex *Chief Commercial Officer* di SAE): Stone è dunque stato condannato ad un totale di 6 anni di reclusione, mentre West a 13 anni (altresì per svariati altri reati di frode, falso ecc.)[55].

Si è dovuto poi attendere addirittura il 19 febbraio 2016 per assistere alla prima condanna di una *Commercial Organisation* per la fattispecie criminosa di *"Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery",* di cui alla sec. 7 del BA 2010: trattasi dell'azienda di costruzioni *Sweet Group PLC*, condannata ad una multa di 2,25 milioni di sterline per non essere riuscita ad impedire una condotta di corruzione attiva posta in essere dagli alti funzionari di una compagnia sussidiaria[56].

In chiusura, va senz'altro menzionato l'incisivo impatto sull'*enforcement* del BA 2010 dell'istituto del "rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale" (*"Deferred Prosecution Agreement",* di regola abbreviato in DPA), introdotto dalla *Schedule* 17 del *Crime and Courts Act* 2013, ed applicabile ai reati di corruzione in Inghilterra e Galles a partire dal 24 febbraio 2014. Il DPA consiste in un accordo in base al quale il SFO (o il CPS) presenta un'accusa a carico dell'ente commerciale, ma decide al contempo di rinviare l'eventuale esercizio dell'azione penale, concedendo all'impresa un certo termine per ottemperare ad una serie di prescrizioni "riabilitative" (es.: risarcimento dei danneggiati, implementazione di procedure di prevenzione ecc.) le quali, se debitamente rispettate, condurranno alla rinuncia al proseguimento della persecuzione penale[57].

per le condotte successive al 1. luglio 2011), e *Miscounduct in a public office* (una *Common Law offence*) a sei anni di reclusione, per aver sollecitato e ricevuto tangenti (circa 500€ a persona) da persone citate in giudizio per illeciti concernenti la circolazione stradale, in cambio dell'abuso delle sue funzioni al fine di cancellare i nomi di tali soggetti dal *database* della Corte. Per ulteriori informazioni vedi l'articolo giornalistico della BBC al riguardo, consultabile *online* su *www.bbc.com/news/uk-england-london-15689869.*

[55] Per maggiori dettagli sul caso, si vedano i *reports* sul medesimo pubblicati sul sito web istituzionale del *Serious Fraud Office, www.sfo.gov.uk*, dai quali tra l'altro si evince che per Stone è stata altresì ordinata la confisca di una somma superiore ad un milione di sterline, che è stata pienamente eseguita, con la preminente finalità di risarcire i risparmiatori danneggiati dal reato.

[56] V. anche qui, per ulteriori approfondimenti sul caso, i *reports* sul medesimo pubblicati sul sito web istituzionale del *Serious Fraud Office, www.sfo.gov.uk.*

[57] R.A. RUGGIERO, Non Prosecution Agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico,* in *Dir. pen. Cont.,* 12 ottobre 2015, p. 4, la quale precisa come, in

Il suddetto istituto, ponendosi nell'ottica di una giustizia negoziata o collaborativa, rappresenta senz'altro un potente incentivo per gli alti funzionari delle *Commercial Organisations* coinvolte in vicende corruttive, di auto-denunciare le medesime, potendosi infatti evitare il discredito ed i maggiori costi di una condanna penale, mentre dall'altra consente al SFO (ed al CPS) di evitare gli inconvenienti di lunghi e costosi procedimenti. In concreto, il primo DPA è stato concordato dal SFO il 30 novembre 2015 con la Standard Bank PLC, e tre ulteriori DPA sono stati implementati negli anni 2016 e 2017[58].

## 5. *La* Corrupciòn en los negocios *di cui agli artt. 286*-bis */ 286*-quater *del* codigo penal *spagnolo*

Un ordinamento dell'Europa continentale la cui normativa penale in materia di corruzione tra privati è, in ottica comparatistica, degna di approfondimento, è indubbiamente quello spagnolo.

La legislazione penale in materia, difatti, incentrata sul delitto di "*Corrupciòn en los negocios"* (art. 286-*bis* del codice penale spagnolo, d'ora in poi abbreviato in c.p.e.), introdotta con la L.O. (*Ley Orgànica*) 5/2010 del 22 giugno 2010, e poi riformata con la L.O. 1/2015, del 30 marzo 2015, rappresenta senz'altro un importante tentativo di focalizzare – in ottemperanza alla Decisione quadro 2003/568/GAI della UE, ed agli altri strumenti normativi internazionali vincolanti per la Spagna – il contrasto penale al fenomeno criminoso *de quo* sulla lesione al bene giuridico della libera concorrenza, senza obliterare la necessità di una tutela nei confronti delle violazioni, da parte di funzionari e dirigenti di compagini societarie ed imprenditoriali, delle proprie obbligazioni di lealtà e fedeltà verso gli enti commerciali di appartenenza.

### 5.1. *La disciplina originaria del 2010, e le modifiche introdotte con la riforma del 2015*

Il legislatore spagnolo non è stato certo tra i primi ad avvertire l'esigenza di criminalizzare le condotte di corruzione tra privati, avendo proceduto in tal senso

riferimento all'ordinamento statunitense (cui quello britannico si è all'uopo ispirato), «in questo caso, però, non si tratta di un mero rapporto bilaterale [come nei *non prosecution* agreement, in cui – verificate certe condizioni – il *prosecutor* decide di non esercitare l'azione penale]: interviene, difatti, anche il giudice, chiamato ad autorizzare il *deferment,* il che implica una deroga allo *speedy trial* e una sospensione del decorso dei termini di prescrizione del reato».

[58] Per un maggiore approfondimento, si rinvia nuovamente al sito istituzionale del *Serious Fraud Office, www.sfo.gov.uk*.

unicamente con l'intervento riformista di cui alla LO (*Ley Organica*) 5/2010[59], entrata in vigore il 23 dicembre 2010.

Prima di tale data, le possibilità in Spagna di conseguire una risposta penale nei confronti delle condotte di corruzione privata erano molto ristrette – se non quasi nulle, e rimesse da una parte all'estensione della nozione di "funzionario pubblico" *ex* art. 24 c.p.e., così da applicare i delitti di corruzione "pubblica", ai soggetti operanti in società private esercenti servizi pubblici privatizzati; e dall'altra all'avvalersi delle figure delittuose in materia di "Amministrazione societaria sleale" (attuale art. 252 c.p.e), e "Appropriazione indebita" (artt. 253 e 254 c.p.e.)[60].

Con la LO 5/2010, del 22 giugno 2010 (entrata in vigore 6 mesi più tardi) la Spagna ha inteso adeguarsi alle obbligazioni internazionali di cui agli strumenti normativi analizzati nella prima parte del presente scritto, ed in particolare alla più volte menzionata Decisione quadro 2003/568/GAI dell'Unione Europea, introducendo una nuova Sezione 4a, intitolata "*De la corrupciòn entre particulares"* nel Cap. XI del Tit. XIII del Libro II del codice penale spagnolo, sezione contenente un'unica incriminazione, collocata nell'art. 286-*bis* c.p.e.[61].

La formulazione del delitto in questione rendeva evidente la finalità di tutelare il bene giuridico della libera concorrenza nel mercato economico, ma altresì quello della lealtà dei dirigenti, funzionari ecc. nei confronti delle società, imprese ed altri enti di appartenenza, seppure il peso specifico dei suddetti interessi da tutelare fosse dibattuto in dottrina, in conseguenza della non pacifica esegesi della fattispecie incriminatrice *de qua.*

La condotta illecita, nelle due ipotesi criminose di corruzione attiva (comma 1°), e di corruzione passiva (comma 2°), era invero incentrata sulla promessa/offerta/concessione

[59] Sul contrasto penale alla corruzione privata nella disciplina previgente, v. in particolare, in lingua italiana, A. NIETO MARTIN (traduz. di R. Acquaroli ed E.J. Malarino), *La corruzione nel settore privato, riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato,* in AA.VV. (a cura di R. Acquaroli e L.Foffani), *La corruzione tra privati.*, cit., p. 111 ss.

[60] E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico,* cit., p. 110.

[61] Sull'art. 286-*bis* c.p.e., nella versione vigente dal 2010 al 2015, v. nella dottrina spagnola – tra i più autorevoli – R. GARCIA ALBERO, *Corrupciòn en los negocios y modificaciòn del cohecho,* in AA.VV. (diretto da G. Quintero Olivares), *Comentario a la reforma penal de 2015,* Cizur Menor, 2015, p. 554 ss.;. M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupciòn en los negocios (art. 286 bis): anàlisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona juridica en un modelo puro de competencia,* in *Estudios penales y criminològicos,* 2015, vol. XXXV, p. 569 ss.; V. MAGRO SERVET, *Consideraciones pràcticas sobre el delito de corrupciòn entre particulares (artìculo 286 bis CP). Supuestos incluidos y excluidos,* in *Diario La Ley,* 512/2016, 19 febbraio 2016, p. 5 ss.; F.J. MUÑOZ CUESTA, *La corrupciòn entre particulares, problemas que plantea su aplicaciòn,* in *Revista Aranzadi Doctrinal,* 8/2011, p. 1 ss.; P. OTERO GONZALEZ, *La corrupciòn en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2, y 3 del Còdigo Penal,* in *La Ley Penal,* 19157/2011, novembre 2011, p. 4 ss.

(dal lato attivo dell'estraneo), nonché sulla ricezione/sollecitazione/accettazione (dal lato passivo dell'intraneo), di un beneficio/vantaggio volto a favorire il corruttore rispetto ai terzi concorrenti, a patto che si configurasse altresì una violazione di obbligazioni (*"incumpliendo sus obligaciones"*) concernenti l'acquisto/vendita di merci, o la fornitura di servizi professionali.

La pena prevista, da sei mesi a quattro anni di reclusione, esprimeva in modo chiaro la consapevolezza, da parte del legislatore spagnolo, del pregnante disvalore penalistico associato ai comportamenti corruttivi realizzati nel settore privato: si tenga presente, ad esempio, che il delitto di "*cohecho activo*"[62] di cui all'art. 420 c.p.e., incriminante le condotte di corruzione passiva impropria antecedente del funzionario pubblico, contempla anch'esso un massimo edittale di quattro anni di reclusione[63]. La norma in questione prevedeva altresì un novero esteso di enti privati cui poteva appartenere l'intraneo (società, associazioni, fondazioni o organizzazioni), così come ampie erano le qualifiche soggettive dei potenziali intranei (dirigenti, amministratori, dipendenti, o collaboratori).

Le maggiori criticità ermeneutiche del previgente art. 286-*bis* c.p.e., però, erano senz'altro relative all'esegesi del requisito della "violazione delle proprie obbligazioni concernenti l'acquisizione o vendita di merci o la fornitura di servizi professionali" ("*Incumplir sus obligaciones sobre adquisiciòn o venta de bienes o contrataciòn de servicios*").

La formulazione del suddetto elemento normativo, difatti, presentava incisivi profili di ambiguità ermeneutica, dubitandosi innanzitutto se il soggetto cui dover riferire tali obbligazioni fosse solo l'intraneo corrotto, o al contrario quest'ultimo e altresì l'estraneo corruttore. Secondo la dottrina, la risposta a tale domanda doveva dipendere da quella, centrale, relativa all'individuazione della natura delle obbligazioni menzionate dall'art. 286-*bis* c.p.e. (nella versione vigente fino al 30 giugno 2015). Secondo una parte della dottrina spagnola, invero, le obbligazioni la cui violazione era richiesta dalla presente incriminazione erano quelle di lealtà dell'*agent* rispetto al *principal,* cioè del funzionario (inteso in senso lato) nei confronti al suo datore di lavoro (sovente l'impresa): dall'accoglimento di siffatto orientamento, pertanto, derivava la conclusione l'art. 286-*bis* c.p.e. previgente avrebbe contemplato obbligazioni gravanti unicamente sul soggetto intraneo (dunque sul corrotto); e altresì che solo le "subornazioni" (*"sobornos"*) clandestine,

[62] Si tenga presente che il codice penale spagnolo, a differenza di quello italiano, non attribuisce alcuna rubrica agli articoli in esso inseriti, limitandosi ad attribuire una denominazione solo alle Sezioni, ai Titoli, ed ai Libri: le denominazioni riportate, pertanto, sono quelle maggiormente utilizzate dalla dottrina e giurisprudenza.

[63] Per approfondimenti sulla disciplina dei delitti di corruzione pubblica nel codice penale spagnolo v., nella letteratura italiana, G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione in un confronto fra l'ordinamento italiano e spagnolo,* in *Dir. pen. Cont.,* 6 maggio 2014, p. 1 ss.

o comunque concordate senza l'assenso del *principal,* fossero riconducibili alla sfera della punibilità di cui alla figura criminosa in commento[64].

Una seconda opzione ermeneutica, ad avviso dello scrivente preferibile ed accolta da altri autorevoli esponenti dottrinali, dava maggiore risalto alle esigenze di tutela della libera concorrenza, rispetto a quelle della lealtà aziendale, e partiva dalla critica dell'eccessiva estensione degli spazi applicativi del delitto in esame cui conduceva l'accoglimento della tesi contrapposta: assumendo che una violazione di obbligazioni di lealtà e probità verso l'impresa sarebbe stata agevolmente riscontrabile anche in casi "bagatellari". Ciò premesso, i sostenitori del secondo orientamento ritenevano dunque maggiormente conforme al principio di *extrema ratio ("intervenciòn mìnima")*, ed alla centralità attribuita al bene giuridico della libera concorrenza dalla Decisione quadro UE 2003/568/GAI, identificare nella violazione delle norme in materia di concorrenza sleale (*in primis* ai sensi della *ley* 3/1991) quel incumplimiento de obligaciones richiesto dall'art. 286-*bis* c.p.e. nella versione vigente fino al 30 giugno 2015[65].

### 5.2. *Le modifiche introdotte con la riforma del 2015*

Come emerge *ictu oculi* dalla tabella 2, la *Ley Organica* 1/2015, approvata il 30 marzo 2015 ed entrata in vigore il 1° luglio del medesimo anno, pur operando non marginali interventi modificativi, non ha stravolto radicalmente il volto della disciplina penalistica spagnola in materia di corruzione tra privati: ad avviso dello scrivente, ad esempio, la riforma italiana operata col d.lgs. 15 marzo 2017, n° 38, ha comportato indubbiamente innovazioni più marcate rispetto alla disciplina previgente[66], consistite innanzitutto nella trasformazione della "Corruzione tra privati" da reato di evento a reato di mera condotta.

### 5.3. *La normativa vigente: il novero dei soggetti attivi contemplati, e l'esclusione degli enti non commerciali*

Trattando dei soggetti attivi del delitto di corruzione passiva tra privati, e dunque contemplati dall'art. 286-*bis* c.p.e. come possibili intranei, va innanzitutto rilevato che, a seguito della LO 1/2015, la figura criminosa dedicata ai suddetti è stata collocata al primo comma, con conseguente spostamento del delitto di corruzione attiva al comma secondo: siffatto ritocco 'formale', pur non avendo alcuna conseguenza a livello

[64] In tal senso, pur criticando suddetta opzione dottrinale, R. GARCIA ALBERO, *Corrupciòn en los negocios y modificaciòn del cohecho,* cit., p. 558 ss.

[65] R. GARCIA ALBERO, *Corrupciòn en los negocios y modificaciòn del cohecho,* cit., p. 560 ss.

[66] Si rimanda all'uopo al paragrafo all'uopo dedicato, e alla tabella 1, relativa all'evoluzione normativa del reato di "Corruzione tra privati" (in origine "Infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità") di cui all'art. 2635 c.c.

applicativo, dimostra comunque la *voluntas legislatoris* di sottolineare la "centralità criminose" delle condotte di corruzione passive dei soggetti intranei[67].

Relativamente alle figure soggettive menzionate – come possibili "corruttori passivi" – dalla norma in commento[68], al contrario, non vi è stata alcuna innovazione rispetto alla disciplina previgente,essendo le suddette sempre date da:

a) il dirigente *("directivo");*

b) gli amministratori (*"administrador");*

c) il dipendente *("empleado");*

d) Il collabolatore ("*colaborador*").

Ciò che, per converso, è stato incisivamente mutato dal legislatore riformista del 2015 è la cerchia degli enti privati per cui l'*agent*, dotato di una delle quattro qualifiche funzionali, deve prestare servizio al fine di poter diventare "corruttore passivo" ai sensi dell'art. 286-*bis* c.p.e. L'innovazione, peraltro, è consistita sorprendentemente nell'espunzione da tale novero delle "associazioni", "fondazioni" ed "organizzazioni", con mantenimento delle sole imprese mercantili e società: la fattispecie incriminatrice di corruzione privata passiva attualmente vigente, dunque, si applica unicamente ad enti "formalmente" commerciali, escludendo inopinatamente altri enti, come ad esempio le fondazioni, che nella realtà fattuale sovente perseguono anch'essi una finalità di lucro, agendo indubbiamente come attori commerciali nel mercato economico.

Una siffatta scelta di tipizzazione, tra l'altro, si pone in contraddizione con l'art. 2, comma 2°, della Decisione quadro 2003/568/GAI, la quale prescrive il contrasto penale ad ampio raggio della corruzione passiva nell'ambito delle attività professionali svolte per conto di "entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro". Anche la dottrina spagnola, del tutto logicamente, ha criticato in gran parte siffatta opzione adottata dal legislatore di Madrid con la LO 1/2015[69].

[67] Si consideri, a titolo di comparazione, che nella fattispecie criminosa italiana di "Corruzione tra privati" di cui all'art. 2635 c.c. l'ipotesi criminosa di corruzione passiva è sempre stata collocata al comma 1°, e questo sin dal momento della sua introduzione con d.lgs. n. 61/2002.

[68] Per estesi approfondimenti specifici – in questa sede non consentiti – sull'ambito applicativo e sulle questioni esegetiche concernenti le quattro categorie soggettive di potenziali intranei di cui alla presente norma incriminatrice del codice penale spagnolo, v. in particolare, M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupciòn en los negocios (art. 286 bis),* cit., p. 580 ss. Nella dottrina italiana v. invece il recente studio monografico, con ampio *excursus* comparatistico, di E. *LA ROSA*, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico, cit., p. 113 ss.*

[69] In tal senso v., per tutti, R. GARCIA ALBERO, *Corrupciòn en los negocios y modificaciòn del cohecho,* cit., p. 570 ss., che, oltre a evidenziare il chiaro contrasto con la Decisione quadro summenzionata, rimarca come le associazioni e fondazioni, a prescindere che siano munite o meno di strutture imprenditoriali ("fondazione-impresa"), comunque svolgono spesso attività commerciali; ed altresì M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupciòn en los negocios (art. 286 bis),* cit., p. 606, la quale afferma come «sarebbe stato preferibile non stabile alcuna specificazione concernente la tipologia di persona giuridica, mantenento la coerenza con la corruzione privata attiva».

### 5.4. *Segue: la condotta tipica tra tutela della concorrenza e "modello lealistico"*

La condotta criminosa di cui all'art. 286-*bis* c.p.e., quale riformato dalla LO 1/2015, è – come anche in precedenza – separatamente tipizzata, secondo il già menzionato "modello unilaterale", per l'intraneo corrotto, e l'estraneo corruttore, nella seguente maniera:

– corruzione passiva: ricevere, sollecitare o accettare, anche per per interposta persona, un beneficio o vantaggio non giustificati di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, come corrispettivo al fine di favorire indebitamente di fronte a terzi colui che gli ha concesso o promesso il beneficio o vantaggio, nell'acquisizione o nella vendita di merci o nella fornitura di servizi o in relazioni commerciali;

– corruzione attiva: promettere, offrire o concedere, anche per interposta persona, un beneficio o vantaggio non giustificati di qualsiasi natura, per l'intraneo o per terzi, come corrispettivo al fine di favorire indebitamente l'estraneo, o un terzo, nei confronti degli altri nell'acquisizione o nella vendita di merci o nella fornitura di servizi o in relazioni commerciali.

Trattasi dunque, così come il nostro art. 2635 c.c. *post* riforma del 2017, di un reato di mera condotta a dolo specifico "di commissione di atto infedele/sleale": parte della dottrina spagnola ha anche sottolineato come in fondo si tratti di un delitto di "infrazione di obbligazioni/doveri" *("infracciòn de obligaciones"),* nel quale taluno, in cambio della ricezione di un vantaggio indebito, o perseguendo il suddetto, viola le obbligazioni scaturenti dalla posizione che occupa in un'organizzazione privata in cui gli sono attribuiti margini di autonoma capacità decisionale[70].

All'uopo, la più rilevante modifica apportata dalla riforma del 2015 alla struttura oggettiva della figura criminosa in esame è, indubbiamente, l'espunzione dal testo dell'art. 286-*bis* c.p.e. del requisito della "violazione delle proprie obbligazioni" da parte dell'intraneo, sull'esegesi del quale si era acceso, come visto nelle precedenti pagine, un acceso dibattito nella letteratura penalistica spagnola.

A tal proposito, attenta dottrina ha segnalato come il legislatore del 2015, adottando tale opzione di tipizzazione, "abbia cercato di plasmare legislativamente un modello puro di tutela della concorrenza", sebbene – in tale ottica – abbia inserito due "elementi disfunzionali" nella norma incriminatrice *de qua*: il mantenimento di un'attenuazione facoltativa di pena in relazione alla rilevanza del ruolo ricoperto dall'intraneo; e l'esclusione del titolare dell'impresa dal novero dei soggetti attivi[71].

[70] V. MAGRO SERVET, *Consideraciones pràcticas sobre el delito de corrupciòn entre particulares,* cit., p. 3, che cita al riguardo – senza dire la pagina – B. FEIJOO SANCHEZ, *La teoria del delito en la pràctica penal econòmica*, Madrid, 2013.

[71] Così M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupciòn en los negocios (art. 286 bis),* cit., p. 576.

## *Conclusioni*

Dagli approfondimenti comparatistici svolti sulla normativa penale di contrasto del fenomeno della corruzione privata in Regno Unito e Spagna sono emersi – in un'ottica *de iure condendo* – numerosi spunti di riflessione, ma si è comunque avuta la conferma che gran parte dei legislatori dei paesi dell'Unione Europea, grazie al 'grimaldello' dato dalla Decisione quadro 2003/568/GAI, abbiano avviato procedimenti legislativi di riforma (2010 per il Regno Unito, 2010 e 2015 per la Spagna, 2012, 2017 e – in misura minore – 2019 per l'Italia) caratterizzati senz'altro da molteplici elementi di armonizzazione, tra i quali vanno segnalati innanzitutto:

– L'adozione di un modello di tipizzazione unilaterale (distinto, dunque da quello adottato in Italia per i delitti di corruzione nel settore pubblico, ai sensi degli artt. 317 ss. c.p.), con due ipotesi separate di corruzione passiva (dell'intraneo) e corruzione attiva (dell'estraneo);

– L'anticipazione della tutela penale ad un momento ben anteriore a quello della locupletazione avvenuta, con la configurazione di reati di mera condotta a dolo specifico anziché di reati di evento, la cui consumazione avviene già con la sollecitazione (dal lato passivo), o con la promessa (dal lato attivo) dell'utilità/vantaggio/beneficio "corruttivamente orientato;

– L'inclusione, nella categoria degli intranei, altresì di funzionari o dipendenti titolari di un ruolo non apicale nell'ente (pur con differenziazioni importanti a livello sanzionatorio nella figura criminosa italiana dell'art. 2635 c.c., e potenzialmente anche nel delitto spagnolo ai sensi dell'art. 286-*bis*, comma 3°, c.p.e.);

– Un' incisiva responsabilizzazione, di natura penale o sostanzialmente tale, delle persone giuridiche di appartenenza dei soggetti "corruttori" responsabili di condotte di corruzione attiva, correlata ad una considerazione come parti lese/persone offese di quelle di appartenenza dei soggetti "corrotti", in ossequio ad una rilevanza attribuita – in misura comunque variabile nei tre ordinamenti analizzati – al modello "lealistico".

La recente l. n. 3/2019 peraltro, pur avendo finalmente introdotto la procedibilità d'ufficio generalizzata per i delitti *ex* artt. 2635 e 2635-*bis* c.p.[72], non ha colto l'occasione per apportare ulteriori innovazioni normative (che si prospetteranno nelle successive righe).

[72] Come si è visto, difatti, in precedenza la procedibilità a querela era temperata unicamente dalla procedibilità *ex officio* in ipotesi di "distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e di servizi": pur ponendosi la tutela della concorrenza come bene giuridico centrale nella prospettiva degli strumenti normativi dell'UE, dell'OSCE, del COE e dell'ONU, era però quasi impossibile enucleare in modo adeguatamente definito i casi concreti di corruzione privata nei quali fosse configurabile una tale distorsione.

L'analisi dell'impatto giurisprudenziale del delitto di cui all'art. 2635 c.c., ad ogni modo, ha mostrato la sostanziale assenza del medesimo dalle aule giudiziarie, e c'è da chiedersi, al riguardo, se l'introduzione della procedibilità d'ufficio da parte della l. n. 3/2019 potrà di per sè innescare una tendenza virtuosa alla segnalazione di casi concreti – senz'altro diffusi – di istigazioni/accordi corruttivi: a tal proposito, non possono tacersi fondate perplessità sull'eventualità che soggetti non titolari, secondo il vecchio regime di procedibilità, del diritto di querela (quali colleghi/conoscenti dell'estraneo e/o intraneo coinvolti) si avvalgano – senza alcun beneficio personale concreto da ciò potenzialmente derivante – della facoltà di innescare indagini penali su condotte inquadrabili nello schema delittuoso di cui all'art. 2635 c.c.

La bassa percezione di gravità, a livello sociale, delle condotte di corruzione privata in Italia è senz'altro un ostacolo al riguardo, ma va osservato come le campagne di informazione e di sensibilizzazione, e l'azione dell'ANAC, siano da tempo orientate verso l'obiettivo di diffondere nei consociati la percezione di gravità del fenomeno corruttivo a 360°, e si auspica vengano incentivate per quanto riguarda gli aspetti di informazione specifica sui danni sociali prodotti dalla corruttela nel settore privato, ad esempio per quanto concerne la discriminazione – nella competizione professionale – di soggetti maggiormente meritevoli, nei confronti di persone autrici di proposte corruttive.

Per quanto invece riguarda gli aspetti più propriamente penalistici del contrasto al fenomeno *de quo*, non possono che sottolinearsi alcune possibili direttrici di riforma, in parte suggerite dagli approfondimenti comparatistici svolti:

a) Il riconoscimento normativo, da parte della l. 30 novembre 2017, n. 179 (entrata in vigore il 29 dicembre 2017), del c.d. *whistleblowing* quale valido strumento di contrasto alla corruzione[73], cioè l'introduzione di tutele giuridiche (anonimato, divieto di discriminazione lavorativa ecc.) e facilitazioni nel proporre denuncia per coloro che intendano segnalare condotte corruttive rappresenta senz'altro una di queste direttrici di intervento, già avviata, da valorizzare ancora maggiormente in futuro. L'art. 2 del provvedimento legislativo in esame, difatti, introduce tutele altresì per il dipendente o collaboratore che "segnala illeciti nel settore privato".

b) In connessione con quanto appena detto nel punto precedente, una

[73] Per una trattazione dettagliata del tema v., tra i più recenti, F. COPPOLA, *Il "whistleblowing": la "scommessa etica" dell'anticorruzione,* in *Dir. pen. proc.,* 2018, p. 475 ss.; G. PETRUCCI, Whistleblowing, *resta il rebus sui destinatari*, in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 48, p. 6 ss. V. altresì, seppure antecedente all'emanazione della normativa succitata, G. LOSAPPIO-S. ADUASIO, *Blowin' in the... whistle: il primo rapporto dell'ANAC sul c.d. whistleblowing*, in *Dir. pen. cont.* (quotidiano giuridico *online*), 8 maggio 2017, p. 1 ss.

possibile innovazione nelle strategie di contrasto alla corruzione privata (ma altresì di funzionari pubblici internazionali), con particolare riferimento a quella delle grandi *Corporations,* potrebbe avvalersi dell'analisi dell'impatto applicativo dei DFA – *Deferred Prosecutions Agreements* (accordi per il rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale), o di altri simili istituti di "giustizia penale negoziata" implementati nel settore dei delitti di corruzione in Gran Bretagna, USA, ed in altri sistemi penali[74]. L'analisi svolta con riferimento all'applicazione dei DFA nel contesto della persecuzione dei reati di corruzione di cui al *Bribery Act* 2010 nel Regno Unito, ha rivelato come la possibilità, per i dirigenti – *in primis* quelli non corrotti – delle aziende coinvolte di evitare, in casi di corruzione, le conseguenze penali, e limitare quelle economiche ed in termini di prestigio sul mercato, per gli enti di appartenenza collaborando con le agenzie di *Law Enforcement* mediante l'implementazione di misure risarcitorie, di *compliance* ecc., possa costituire un importante incentivo al *self-reporting*: ciò rilevato, comunque, occorrerà tenere senz'altro conto delle incisive differenze, a livello processuale e sostanziale, esistenti tra il nostro sistema penale, e quelli dei paesi di *Common Law*.

c) Da ultimo, sarebbe auspicabile un'ulteriore modifica della disciplina normativa di cui all'art. 2635 c.c., al fine di prolungare i termini di prescrizione, inasprire – senza eccessi – le pene (o quanto meno trasformare in reato autonomo l'ipotesi della corruzione di società quotate ecc. di cui al comma 3°), e soprattutto "irrobustire" le sanzioni accessorie, onde garantire una più adeguata repressione delle condotte più gravi, che – possono consistere in dazioni corruttive di svariati milioni di euro, e cagionare danni (patrimoniali e non) davvero consistenti, oltre a ledere spesso interessi pubblici rilevanti, correlati alla salvaguardia del delicato tessuto dell'etica nei rapporti economici.

[74] Sul punto v. R.A. RUGGIERO, Non Prosecution Agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico,* cit., p. 1 ss.

## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

Giuliano Balbi – Professore ordinario nell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Roberto Bartoli – Professore ordinario nell'Università di Firenze

Fabio Basile – Professore ordinario nell'Università di Milano

Marta Bertolino – Professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Filippo Bellagamba – Professore associato nell'Università di Siena

Francesco Callari – Dottore di ricerca nell'Università di Palermo

Giovanni Canzio – Primo Presidente emerito della Suprema Corte di cassazione

Alberto Cappellini – Dottorando di ricerca nell'Università di Firenze

Gaetano Carlizzi – Giudice del Tribunale Militare di Roma

Stefania Carnevale – Professore associato nell'Università di Ferrara

Maurizio Catino – Professore ordinario nell'Università di Milano-Bicocca

Cristina de Maglie – Professore ordinario nell'Università di Pavia – Institute for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

Corrado Del Bò – Professore associato nell'Università di Milano

Gian Paolo Demuro – Professore ordinario nell'Università di Sassari

Richard Dubé – Professeur agrégé nell'Università di Ottawa (Canada)

Giovanni Flora – Professore ordinario nell'Università di Firenze

Margarida Garcia – Professeure agrégée nell'Università di Ottawa (Canada)

Alberto Gargani – Professore ordinario nell'Università di Pisa

Fausto Giunta – Professore ordinario nell'Università di Firenze

Gaetano Insolera – Professore ordinario nell'Università di Bologna

Massimiliano Lanzi – Dottore di ricerca nell'Università di Parma

Francesco Macrì – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
Giorgio Maniaci – Professore associato nell'Università di Palermo
Gianfranco Martiello – Ricercatore nell'Università di Firenze
Dario Micheletti – Professore associato nell'Università di Siena
Gherardo Minicucci – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze
Caterina Paonessa – Ricercatore nell'Università di Firenze
MIchele Papa – Professore ordinario nell'Università di Firenze
Pier Francesco Poli – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano
Lucia Risicato – Professore ordinario nell'Università di Messina
Sergio Seminara – Professore ordinario nell'Università di Pavia
Michele Taruffo – Professore emerito nell'Università di Pavia
Andrea Francesco Tripodi – Ricercatore nell'Università di Macerata
Vico Valentini – Professore associato nell'Università di Perugia
Antonio Vallini – Professore ordinario nell'Università di Pisa

## Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).
   La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

## Revisori

Giuseppe Amarelli
Giuliano Balbi
Elio R. Belfiore
Filippo Bellagamba
Marta Bertolino
Riccardo Borsari
David Brunelli
Marcello Busetto
Alberto Cadoppi
Alberto Camon
Damiano Canale
Carlotta Conti
Cristiano Cupelli
Francesco D'Alessandro
Giampaolo Demuro
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Mariavaleria Del Tufo
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Ignazio Giacona
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati
Gaetano Insolera
Sergio Lorusso
Claudio Luzzati
Stefano Manacorda
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Marco Pelissero
Davide Petrini
Nicola Pisani
Tommaso Rafaraci
Mario Ricciardi
Lucia Risicato
Mauro Ronco
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Valeria Torre
Giovanni Tuzet
Paolo Veneziani
Tiziana Vitarelli

Edizioni ETS
www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

www.edizioniets.com/criminalia

*Direttore*
Fausto Giunta

*Comitato di direzione*
Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi, Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

**www.edizioniets.com/criminalia**

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2019