

INTRODUZIONE

1. La corruzione sta dilagando

La corruzione costituisce un fenomeno criminale articolato e complesso che nel tempo ha subito una profonda trasformazione sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, passando da fenomeno burocratico- pulviscolare a fenomeno politico-amministrativo-sistemico. Sotto il profilo quantitativo, la corruzione non è più un fenomeno episodico, ma tende ad essere di larghissima diffusione sia a livello statale che locale. Dal punto di vista qualitativo, la corruzione non riguarda solamente i piccoli burocrati ma giunge a coinvolgere i vertici amministrativi e politici delle istituzioni, dei grandi enti economici e persino delle imprese private.

La metamorfosi della corruzione ha comportato un significativo mutamento del disvalore dei fatti di corruzione e del “bene giuridico” offeso. In particolare, la natura sistemica della corruzione ha prodotto un ingigantimento del “bene giuridico” offeso e una rarefazione del contenuto di disvalore dei singoli comportamenti di corruzione.

In effetti, la corruzione sistemica non si limita a pregiudicare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma produce effetti dannosi sistemici di carattere economico e politico-istituzionale. Sotto il profilo politico-istituzionale, le nuove forme di manifestazione della corruzione, pregiudicando la fiducia dei consociati nella legalità dell'azione della pubblica amministrazione e della speculare amministrazione delle imprese private, mettono in crisi la legittimazione democratica degli apparati pubblici e il modo di condurre la stessa impresa privata.

Sotto il profilo economico, la sistematicità e diffusività della corruzione frenano lo sviluppo economico e alterano la distribuzione della ricchezza economica, concentrandola su coloro che fanno parte

del sistema corruttivo a scapito di chi ne è escluso. Di conseguenza, il disvalore della corruzione non è più solamente di danno o di pericolo prodotto dal singolo atto corruttivo, ma è di natura seriale derivante dalla somma dei fatti di corruzione.

Nel nostro paese, l'allarme è stato lanciato, di recente, dalla Corte dei conti, secondo la quale la corruzione *costa* al nostro Paese circa 60 miliardi di euro l'anno¹, una cifra che, se confrontata con i 120 miliardi di euro persi a livello europeo² a causa dello stesso fenomeno criminale, induce a formulare l'impressionante conclusione secondo cui la metà del giro economico dell'intera attività corruttiva europea è radicato in Italia. La gravità di questo dato viene, tra l'altro, confermata da *Transparency International*, organizzazione non governativa impegnata nella lotta alla corruzione, la quale colloca il nostro Paese al 69° posto (su 183) della classifica degli Stati con il più basso livello di *percezione sociale* della corruzione. La forte percezione sociale del fenomeno corruttivo, però, si affianca alla difficoltà di individuare e reprimere i singoli episodi criminali, i quali, in quanto fondati su un *pactum sceleris*, cioè su un accordo criminale che rafforza i rapporti fra le parti, che accomuna i loro destini e le possibilità di venir scoperti, restano in buona parte dei casi non conosciuti dalle forze dell'ordine e dalla magistratura, andando ad accrescere il già elevato *numero oscuro* di questa tipologia di reati. In sostanza, in Italia la corruzione c'è, la si percepisce, ma la si trova con difficoltà.

Per di più, in Italia, nell'immaginario collettivo, quando si pensa alla corruzione, viene in mente l'immagine del pubblico ufficiale che riceve una tangente per elargire, in virtù della funzione da lui ricoperta,

¹ Cfr. *Corte dei conti, Sezioni Riunite*. Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012. Relazione scritta del Procuratore Generale Lodovico Principato, 16 Febbraio 2012, consultabile sul sito www.cortedeiconti.it.

² Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo. *La lotta contro la corruzione nell'UE*, consultabile sul sito www.europarl.europa.eu.

uno o più “favori” che possono essere i più disparati: dalla promessa che una particolare pratica amministrativa verrà assolta in modo veloce, evitando tutti i dovuti passaggi burocratici, alla concessione di un appalto per la gestione di un servizio fino ad arrivare all’omissione di una doverosa attività di ispezione con conseguente vantaggio per il corruttore.

Tutto ciò è dovuto, soprattutto, agli scandali corruttivi che costantemente hanno interessato il nostro Paese: dalla Banca di Roma, al Banco Ambrosiano, Tangentopoli, sino ai più recenti casi Lodo Mondadori, Parmalat, e quelli tuttora in fase di accertamento.

Ciò a dimostrazione del fatto che la corruzione come fenomeno empirico corre principalmente, se non esclusivamente, sul terreno dell’economia. La stessa Europa nel sollecitare i suoi stati Membri a dotarsi di normative adeguate al contrasto del fenomeno corruttivo lo ha fatto pensando alla tutela di interessi economico-finanziari e, principalmente, di una vera libera concorrenza, costantemente minacciata dai metodi torbidi del sotterfugio prezzolati per raggirare le regole in funzione dell’ottenimento di un vantaggio altrimenti immeritato.

Tuttavia, sarebbe riduttivo incentrare l’ambito di tutela nell’area tematica dei delitti contro la pubblica amministrazione; non è solo quest’ultima, infatti, la sede in cui una posizione di potere, in senso lato, diviene possibile oggetto di mercimonio.

Proprio in quanto si tratta di metodi criminali che attraversano non solo il terreno pubblico, ma anche quello privato, in sede europea si è voluto dare una forte spinta verso forme di copertura penale in entrambi tali settori.

2. Struttura e finalità dell'elaborato

E' proprio questo l'obiettivo del Legislatore italiano: combattere il fenomeno corruttivo rafforzando gli istituti di natura preventiva e, soprattutto, riformando i delitti di corruzione.

Oggetto di questo lavoro sarà l'analisi di tale fenomeno nelle sue forme di manifestazione tra soggetti privati, cioè fra soggetti che non rivestono alcuna carica o funzione pubblica.

Innanzitutto, l'analisi di tale fenomeno, assolutamente nuovo nel panorama giuridico, non solo italiano ma anche comunitario, si concentrerà nell'individuazione dei contenuti delle principali fonti internazionali e comunitarie in materia di corruzione, foriere di obblighi d'incriminazione per il nostro Legislatore (Azione comune 98/742/GAI, Convenzione penale sulla corruzione del 1999 del Consiglio d'Europa, Decisione quadro 2003/568/GAI, Convenzione di Merida del 2003).

Successivamente, abbandonerò i confini internazionali e comunitari, per addentrarmi nell'area dell'ordinamento giuridico italiano. In *primis*, analizzerò quelle fattispecie, ribattezzate "minori" poiché hanno un limitato campo di applicazione, che impedisce loro di svolgere un ruolo di disposizione generale contro la corruzione tra privati; ruolo che dovrebbe svolgere il più rimaneggiato art. 2635 c.c. Si tratta, infatti, di fattispecie assai eterogenee tra loro, sparse nell'ordinamento, introdotte in periodi diversi fra loro e che si applicano a settori molto distanti tra loro.

Tuttavia, la disamina di tali fattispecie "minori", ci aiuta a capire come, nonostante la perdurante assenza di una fattispecie generale di corruzione tra privati, il nostro Legislatore, in più occasioni, si sia accorto della necessità di intervenire per reprimere accordi tra soggetti privati di natura corruttiva, predisponendo apposite disposizioni.

Si darà poi conto dei *primi interventi legislativi* realizzati in Italia per recepire nella nostra normativa gli obblighi d'incriminazione

internazionali e per migliorare il nostro sistema di repressione della corruzione tra privati. Al riguardo, analizzerò, la fattispecie di cui all'art. 2635 c.c., introdotta nel 2002 (col D.lgs. 61/2002), che rappresenterebbe la fattispecie tipica di corruzione tra privati, nonostante che il legislatore non si sia mostrato particolarmente convinto di incriminare tale reato, dal momento che la rubrica di tale norma recita "Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", confinandola nell'area del codice civile (Libro V, Titolo XI, Capo IV) dedicata alle disposizioni penali in materia di società e consorzi, invece di predisporre un'autonoma disposizione allocata nel codice penale sotto la rubrica "Corruzione tra privati" senza limitarla alla sfera esclusivamente societaria.

Il lavoro proseguirà con l'analisi della recente legge anticorruzione (Legge 190/2012), approvata dopo un decennio esatto dalla riforma del 2002, che inserendosi in un clima sociale alquanto teso, propone una rivisitazione globale dei principali strumenti di contrasto al fenomeno in questione, sia nella Pubblica Amministrazione, che per quel che ci interessa, in ambito privatistico, rimodellando l'art. 2635 c.c., prefiggendosi l'obiettivo di colmare le lacune che presenta il nostro ordinamento.

Naturalmente, allo stato attuale delle cose, non sarà possibile adottare una definitiva presa di posizione, in quanto a seguito della presentazione del d.d.l. S-19, il "cantiere" delle riforme in materia sembra non finire mai.

Infine, il lavoro terminerà dando uno sguardo alle normative sulla lotta alla corruzione tra privati, all'interno di alcuni ordinamenti europei, senza dimenticare il già citato d.d.l. S-19, modificante diverse norme penali e civili all'interno dell'ordinamento italiano.

CAPITOLO PRIMO

LE FONTI INTERNAZIONALI E GLI OBBLIGHI D'INCRIMINAZIONE

1. Azione comune 98/742/GAI, sulla corruzione nel settore privato.

L'emanazione dell'Azione comune è un provvedimento ricollegabile al c.d. "Terzo Pilastro" dell'Unione Europea: la cooperazione in materia di giustizia e affari interni (GAI). L'Azione comune non ha immediata efficacia nell'ordinamento giuridico dello Stato membro, in quanto, il c.d. "Terzo Pilastro", occupandosi anche di materia penale, nel prevedere atti dotati di immediata efficacia per gli Stati membri avrebbe comportato la perdita del monopolio statale in tale materia.

Pertanto, poiché scopo del "Terzo Pilastro" è quello di favorire la cooperazione e l'integrazione fra i Paesi membri, l'azione comune rappresentava un ottimo compromesso: da un lato, essa aveva carattere prescrittivo, potendo contenere delle misure di natura penale che gli Stati dovevano adottare, ai fini della cooperazione; dall'altro lato, era necessaria l'attuazione da parte dello stesso Stato membro, il quale recepiva il contenuto dell'azione comune tramite una sua fonte nazionale, mantenendo così il proprio monopolio statale in materia penale.

L'Italia ha recepito quest'Azione comune mediante l'inserimento dell'art. 2635 nel codice civile sotto la rubrica "Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" (ad opera del D.lgs. 61/2002).

L'Azione comune è il primo documento comunitario dedicato alla corruzione tra privati. La conferma di ciò la troviamo leggendo i paragrafi 3 ed 8 del Preambolo: nel primo viene evidenziata, da parte

degli Stati membri, la particolare importanza di combattere la corruzione tra privati a livello internazionale³; nel secondo si indica che l’Azione comune non si riferisce alle forme di corruzione previste nei due Protocolli aggiuntivi alla Convenzione P.I.F. e la Convenzione sulla corruzione dei funzionari⁴. Pertanto appare evidente il suo riferirsi alla corruzione tra privati.

Ai fini della nostra trattazione, ci interessano i primi quattro articoli dei dieci complessivi.

Gli articoli 2 e 3 definiscono, rispettivamente, la corruzione tra privati passiva e attiva. La loro analisi deve avvenire in combinato col disposto di cui all’art. 1, che definisce i concetti di “persona” e di “violazione dei doveri”, e col disposto di cui all’art. 4, che contiene delle indicazioni sulle sanzioni che gli stati debbono adottare.

La corruzione passiva nel settore privato è definita, ai sensi del primo comma dell’art. 2, come *“l’atto intenzionale di una persona che, direttamente o per mezzo di terzi, richieda o riceva, nell’esercizio di attività imprenditoriali, vantaggi indebiti di qualsiasi natura, per sé stesso o per un terzo, o accetti la promessa di tali vantaggi, in cambio di realizzare o astenersi dal realizzare un atto violando i suoi obblighi”*⁵. Il concetto di “persona” è da intendersi, secondo l’art. 1, come *“qualsiasi dipendente o altra persona nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato”*⁶, per cui soggetti attivi del reato sono dipendenti o persone che svolgono

³ “Whereas the Member States attach particular importance to combating corruption in the private sector or an inter-national level”.

⁴ “Whereas this Joint Action is not aimed at corruption already covered by the instruments referred to”.

⁵ “For the purposes of this Joint Action, the deliberate action of a person who, in the course of his business activities, directly or through an intermediary, requests or receives an undue advantage of any kind whatsoever, or accepts the promise of such an advantage, for himself or for a third party, for him to perform or refrain from performing an act, in breach of his duties, shall constitute passive corruption in the private sector”.

⁶ “Person’ means any employee or other person when directing or working in any capacity for or on behalf of a natural or legal person operating in the private sector”.

funzioni direttive o lavorative per un'impresa che operi nel settore privato. La condotta consiste, come è immaginabile, nel richiedere o ricevere vantaggi indebiti, od accettarne anche solo la promessa. L'utilità può essere rivolta al corrotto o ad un terzo. Di conseguenza, in cambio del ricevimento dell'utilità, il corrotto commetterà o si asterrà dal compiere qualcosa, in violazione dei suoi doveri.

Per quanto concerne il significato da attribuire alla "violazione dei doveri", viene sostanzialmente effettuato un rinvio al diritto nazionale⁷. Tuttavia, affinché vi sia un denominatore comune, l'art. 1 raccomanda che, in ogni caso, la nozione di "violazione" copra quei comportamenti sleali che costituiscono violazioni di obbligazioni legali o, se del caso, violazioni di normative professionali applicabili nell'ambito dell'attività professionale di una "persona", come definita dallo stesso articolo 1.

Per quanto riguarda la natura del vantaggio, esso può anche non avere un carattere economico o finanziario; essenziale è che esso riesca a migliorare la posizione del suo destinatario. Ovviamente, il vantaggio deve essere indebito: ossia consistere in tutto ciò che il dipendente non potrebbe ricevere od accettare e che sia derivante dalla violazione degli obblighi cui è tenuto ad osservare. Tali obblighi troverebbero la loro fonte anche nel contratto di lavoro stipulato dall'agente con il suo datore di lavoro, oltre alle disposizioni di legge richiamate dallo stesso contratto. A ciò si aggiunga la disciplina contenuta negli eventuali codici di condotta, di cui l'impresa si dota, per regolamentare l'operato dei suoi dipendenti⁸. Il concetto di "indebito" (con riferimento al vantaggio) è da collegare sia alla violazione degli obblighi contrattuali,

⁷ "Breach of duty" shall be understood in accordance with national law. The concept of breach of duty in national law should cover as a minimum any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person as defined in the first indent".

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L.- BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sopranazionali e di diritto comparato*, in Acquaroli R.- Foffani L. (a cura di), Milano, 2003, p. 46.

sia alla violazione dei rapporti di lealtà e fiducia (*in breach of his duty*) che lega l'agente al suo superiore.

A livello di colpevolezza, è richiesto il requisito del dolo: l'avverbio *intentionally* non lascia spazio ad altre interpretazioni. L'elemento intenzionale deve riguardare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, compreso il risultato, ovvero l'atto da compiere o da non compiere, in funzione della richiesta del corruttore.

L'articolo 3 definisce, invece, il reato di corruzione attiva⁹, ossia *“l'azione intenzionale di colui che promette, offre, o dà, direttamente o per mezzo di terzi, un vantaggio indebito di qualsiasi natura ad una persona, per questi o per un terzo, nell'esercizio delle attività imprenditoriali di tale persona, affinché questa realizzi o si astenga dal realizzare un atto violando i propri obblighi”*.

Entrambi gli articoli delimitano, allo stesso modo della Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa, l'applicazione della corruzione tra privati all'ambito delle attività imprenditoriali aventi scopo lucrativo¹⁰.

Accanto alle tipizzazioni della corruzione tra privati attiva e passiva, dall'esame dell'articolato dell'Azione comune emerge un altro importante contributo: lo specifico bene giuridico da tutelare.

Esso consiste nella tutela della concorrenza del mercato. Nel paragrafo numero 10 del preambolo, si dichiara che la corruzione, intesa nella sua forma tra soggetti privati, distorce la leale competizione e mina i principi di apertura e libertà dei mercati ed in particolare il delicato

⁹ “ *For the purposes of this Joint Action, the deliberate action of whosoever promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an undue advantage of any kind whatsoever to a person, for himself or for a third party, in the course of the business activities of that person in order that the person should perform or refrain from performing an act, in breach of his duties, shall constitute active corruption in the private sector*”.

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L.- BLANCO CORSERO I., *op. cit.*, p. 54.

funzionamento del mercato interno, ed anche la trasparenza e l'apertura al mercato internazionale¹¹.

A corroborare tutto ciò intervengono i secondi commi degli articoli 2 e 3, i quali vanno letti assieme all'articolo 4. Quest'ultimo prescrive che gli Stati, nell'incriminare le condotte di corruzione privata attiva e passiva – oltre che di istigazione e favoreggiamento -, devono adottare pene che siano effettive, dissuasive e proporzionate, potendo giungere, nei casi più gravi, anche a misure privative della libertà personale. Il secondo comma dell'articolo 4 stabilisce che gli Stati possono, tuttavia, decidere di non rendere penalmente sanzionabili tutte le forme di corruzione tra privati, potendo ricorrere, per i casi di minore gravità, a sanzioni di tipo diverso¹². Tuttavia, i commi secondi degli articoli 2 e 3, impongono di sanzionare penalmente l'ipotesi di corruzione tra privati che *“comporti o possa comportare una distorsione della concorrenza, quantomeno nell'ambito del mercato comune, e che causi o possa causare pregiudizi economici a terzi dovuti all'aggiudicazione o esecuzione irregolare di un contratto”*¹³.

Nel 1999, lo strumento dell'azione comune è stato eliminato, in quanto il Titolo VI del Trattato di Maastricht del 1992, che lo disciplinava, è stato riformato dal Trattato di Amsterdam del 1997. Quest'ultimo, ha riformato gli strumenti giuridici utilizzabili nell'ambito del c.d. “Terzo Pilastro”, sostituendo all'Azione comune, due nuovi strumenti: la Decisione e la Decisione quadro.

¹¹ *“Whereas corruption distorts fair competition and under-mines the principles of openness and freedom of markets, and in particular the smooth functioning of the internal market, and also militates against transparency and open-ness in international trade”.*

¹² *“However, for minor cases of active or passive corruption, in the private sector, a Member State may provide for penalties of a different kind from those referred to in paragraph 1”.*

¹³ *“These measures shall at least cover such conduct which involves, or could involve, the distortion of competition, as a minimum within the common market, and which results, or might result, in economic damage to others by the improper award or improper execution of a contract”.*

2. Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (27 Gennaio 1999).

“La corruzione rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo, mina i principi di buon governo, di equità e di giustizia sociale, falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società”: questo si legge nel preambolo della *Convenzione penale sulla corruzione*, conclusa a Strasburgo il 27 Gennaio 1999. Essa, nata nell'ambito del Consiglio d'Europa, si presentò come il più completo strumento di lotta alla corruzione mai approvato: al di là del riconoscimento di un numero elevato di beni giuridici necessitanti di protezione, la Convenzione colpisce per la varietà di fattispecie da incriminare individuate, che spaziano dalla corruzione nel settore pubblico a quella nel settore privato, da quella domestica a quella di agenti stranieri, fino all'incriminazione del traffico d'influenza, vincolando gli stati firmatari ad adottare sanzioni penali anche in riferimento a fatti solamente collegati con la corruzione, come il riciclaggio ed i reati contabili, e a prevedere forme di responsabilità per le persone giuridiche.

Tutta la disciplina dell'incriminazione delle varie ipotesi di corruzione è fondata sugli articoli 2 e 3, i quali delineano le due fattispecie fondamentali di corruzione attiva e passiva, che saranno la base per tutte le successive disposizioni, nelle quali, rimanendo inalterati gli elementi, cambieranno solo i soggetti qualificati del reato.

A tal proposito, ai fini del nostro lavoro, interessano gli articoli 7 e 8. Il primo disciplina la corruzione attiva: gli Stati aderenti vengono invitati a sanzionare il fatto “*commesso intenzionalmente, nell'ambito di un'attività commerciale, (...) di promettere, offrire o dare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito ad una persona che dirige o lavora in un ente del settore privato, per sé stesso*”

o per un terzo, affinché realizzi o si astenga dal realizzare un atto che violi i suoi doveri”¹⁴.

Analogamente, l’art. 8, disciplina la corruzione privata nella sua forma passiva. In tal caso, si reprime il fatto *“di sollecitare o di ricevere un vantaggio indebito, da parte di una persona che è dipendente o dirigente di un’entità del settore privato, direttamente o indirettamente, o per mezzo di terzi, o di accettarne l’offerta o la promessa, per sé stesso o per un terzo, per realizzare o astenersi dal realizzare un atto che violi i propri doveri”¹⁵.*

Come vedremo in seguito, analizzando la Convenzione di Merida, i due articoli suddetti sono sostanzialmente uguali alla formulazione dell’art. 21 di tale convenzione. In entrambe le Convenzioni viene riproposto lo schema della corruzione antecedente.

Pertanto dall’analisi degli articoli 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d’Europa, possiamo ricavare come il campo d’applicazione della corruzione privata sia quello delle attività commerciali, intese come qualsiasi tipo di attività mercantile, quali la produzione e la messa in commercio di beni o servizi, compresi anche quelli somministrati al pubblico. Sono state escluse dal novero dei soggetti passivi, le organizzazioni senza scopo di lucro (come le organizzazioni non governative)¹⁶.

Per quanto riguarda i soggetti attivi, la Convenzione ricomprende, all’art. 7, che possa essere qualsiasi persona, che agisca a qualunque

¹⁴ *“Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promoting, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties”.*

¹⁵ *“Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties”.*

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *op. cit.*, p. 46.

titolo (può essere un privato cittadino, un imprenditore, addirittura un funzionario pubblico, il che creerebbe problemi di coordinamento con quelle disposizioni, che nel nostro ordinamento, disciplinano gli abusi del funzionario pubblico, come il reato di concussione). Destinatario dell'offerta, della dazione o della promessa corruttiva può essere qualsiasi soggetto che si trovi in una relazione contrattuale con l'impresa o con l'imprenditore: pertanto, sia un dipendente (operaio, impiegato e dirigente) sia soggetti non legati all'impresa da vincoli di dipendenza (si pensi al membro del consiglio d'amministrazione), e persino professionisti legati da contratti d'opera intellettuale (consulenti o agenti di commercio)¹⁷.

Nel caso, invece, della corruzione passiva, la situazione è speculare: soggetti attivi del reato sono coloro che, nella fattispecie dell'art. 7, ricoprono la veste di destinatari della dazione, dell'offerta o della promessa di corruzione.

Tuttavia, non è escluso che il reato possa essere commesso anche da una persona giuridica, nel qual caso, ferma restando la responsabilità penale della persona/e fisica/e, l'art. 18 prevede apposite sanzioni per la persona giuridica.

Per quanto concerne la definizione dell'elemento soggettivo ed il concetto di "vantaggio indebito", si rinvia a quanto detto precedentemente analizzando l'Azione comune 98/742/GAI.

Le condotte attive consistono nella dazione, nella promessa e nell'offerta. *L'Explanatory Report* specifica che la promessa consiste nella disponibilità del corruttore a fornire una futura utilità o a determinarne l'entità, mentre l'offerta comprenderebbe situazioni in cui l'*extraneus* è disponibile ad attribuire il vantaggio indebito in qualsiasi momento.

Il vantaggio può essere attribuito sia al corrotto sia ad un'altra persona: in quest'ultimo caso il corrotto deve essere a conoscenza del fatto che

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *op. cit.*, p. 48.

il terzo riceverà l'utilità a patto che egli commetta la violazione o l'omissione richiesta.

Infine, la Convenzione in esame, non fornisce un grande aiuto nell'individuazione del bene giuridico da tutelare. Come è stato fatto notare, vengono citate tutte le funzioni che tale reato potrebbe ledere: tutela della concorrenza, protezione del corretto svolgimento dei processi di privatizzazione, tutela del rapporto di fedeltà che deve legare l'agente al datore di lavoro, fedeltà che si può intendere anche come semplice rispetto degli accordi contrattuali.

3. Decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

Nonostante la modifica apportata dal Trattato di Amsterdam, il principio di funzionamento della decisione quadro non è diverso da quello della precedente Azione comune: essa è vincolante per gli Stati membri solo per il risultato, restando quest'ultimi liberi nella scelta dei mezzi da utilizzare.

L'emanazione di questo provvedimento è un segnale dell'aumentato interesse dell'Unione Europea nella lotta alla corruzione tra privati: basti pensare che già l'Azione comune del 1998 prevedeva, all'art. 8 comma 2, che sarebbero state adottate, entro tre anni dalla sua entrata in vigore, ulteriori mezzi di contrasto alla corruzione. Altro rilevante indizio, è stata la Decisione quadro 2002/584/GAI, che ha rafforzato la cooperazione giudiziaria fra Stati membri tramite l'istituzione del mandato d'arresto europeo: l'art. 2 di detta decisione quadro elenca dei reati che danno luogo alla consegna, senza la preliminare verifica della doppia incriminazione. In tale elenco compare anche la corruzione che, non essendo accompagnata da alcuna specificazione, dovrebbe

intendersi in senso ampio, come comprensiva pure di quella tra privati¹⁸.

I reati di corruzione attiva e passiva sono disciplinati, rispettivamente, alla lettera a)¹⁹ e b)²⁰ del comma 1 dell'art. 2. Non vi sono state alcune modifiche rispetto al contenuto degli articoli 2 e 3 dell'Azione comune, salvo una diversa formulazione letterale, ed un intero articolo, il numero 3, dedicato all'estensione della responsabilità per l'istigatore o per il favoreggiatore di tali reati.

Le novità rilevanti sono essenzialmente due: l'ambito di applicazione e la tipologia di sanzioni da comminare.

L'art. 2 comma 2 dispone che, i reati di cui al comma 1, possano essere commessi anche nell'ambito di attività professionali svolte senza scopo di lucro; perciò, la Decisione quadro garantirebbe tutela non solo al mondo dell'imprenditoria, ma anche a quello delle associazioni, delle onlus, dei soggetti che agiscono privi di uno scopo lucrativo.

Quanto alle sanzioni, l'art. 4 della Decisione quadro del 2003 conferma le caratteristiche già previste dall'Azione comune del 1998: esse devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Per di più, viene limitata la libertà degli Stati membri nello scegliere la misura delle pene edittali: l'art. 4 comma 2 prescrive che le sanzioni penali devono prevedere la limitazione della libertà personale nel massimo tra 1 e 3 anni, e il terzo comma dello stesso articolo prescrive che devono essere adottate anche delle misure interdittive. L'interdizione temporanea deve essere adottata per le persone fisiche, che riportino una condanna per i reati di corruzione attiva e passiva, che occupino

¹⁸ E' di questo parere, ZANNOTTI R., *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. Pen.*, 2005, p. 530 ss.

¹⁹ "Promising, offering or giving, directly or through an intermediary, to a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity an undue advantage of any kind, for that person or for a third party, in order that person should perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties".

²⁰ "Directly or through an intermediary, requesting or receiving an undue advantage of any kind, or accepting the promise of such an advantage, for oneself or for a third party, while in any capacity directing or working for a private-sector entity, in order to perform or refrain from performing any act, in breach of one's duties".

perlomeno un ruolo dirigenziale nella società in cui operino: tale interdizione deve riguardare lo svolgimento della medesima attività commerciale o altra affine, nella stessa posizione o qualità. L'applicazione di tale misura è subordinata al riscontro della sussistenza di un chiaro rischio d'abuso d'ufficio o di posizione dovuto al reato di corruzione attiva o passiva²¹.

Per quanto riguarda l'individuazione del bene giuridico da tutelare, viene confermato quanto affermato nell'Azione comune del 1998: la concorrenza nel mercato.

Pertanto, l'Unione Europea ha effettuato una scelta ben precisa e ancora più marcata rispetto all'Azione comune precedente: punire la corruzione tra privati in quanto fenomeno criminale capace di comportare distorsioni della concorrenza nell'acquisto di beni o servizi commerciali.

Ad un livello solamente secondario viene tutelato il rapporto contrattuale, e dunque di fedeltà, che lega il corrotto al suo principale.

Per altro verso, la Decisione quadro, non punisce la corruzione tra privati al fine di tutelare il patrimonio dell'impresa coinvolta nella vicenda corruttiva: non vi è alcun riferimento ad una lesione degli interessi patrimoniali societari, né di qualsiasi altro soggetto coinvolto. Così come l'Azione comune, prima, anche la Decisione quadro si incentra esclusivamente sulla tutela della concorrenza tra le imprese.

D'altro canto, lo stesso articolo 41 della Costituzione italiana, nel riconoscere il diritto d'iniziativa economica privata, fissa il limite dell'utilità sociale: è chiaro che un'attività economica che si realizzi

²¹ "Each Member State shall take the necessary measures in accordance with its constitutional rules and principles to censure that where a natural person in relation to a certain business activity has been convicted of the conduct referred to in Article 2, that person may, where appropriate, at least in cases where he or she had a leading position in a company within the business concerned, be temporarily prohibited from carrying on this particular or comparable business activity in a similar position or capacity, if the facts established give reason to believe there to be a clear risk of abuse of position or of office by active or passive corruption".

grazie a prassi corruttive che recano nocumento ai concorrenti non sia affatto in grado di perseguire l'utilità sociale.

Detto ciò, mi chiedo se davvero qualsiasi atto corruttivo intercorrente tra privati possa ledere il bene giuridico della concorrenza tra imprese. Sicuramente le vicende corruttive che coinvolgono grandi gruppi economici possono essere in grado di alterare gli equilibri economici; pertanto, la repressione di tale forma di corruzione non deve essere messa in discussione. La questione è vedere se, qualunque atto corruttivo, possa essere dannoso alla concorrenza, considerato il fatto che, come abbiamo appena visto a livello comunitario, i relativi provvedimenti consentono agli Stati membri di limitare l'intervento repressivo alle sole ipotesi di corruzione tra privati che distorcano o siano in grado di distorcere la concorrenza del mercato.

L'altro aspetto attiene alla valutazione di quegli accordi corruttivi che realmente debbono essere repressi; in altri termini, se non tutti gli accordi corruttivi sono in grado di ledere la concorrenza, chi, e soprattutto con che criterio, potrà stabilire l'idoneità di un tale accordo a ledere la concorrenza? Potrà, forse, il giudice? E' necessario il dolo specifico o il dolo generico?

Ovviamente, così facendo, le condotte penalmente rilevanti, e quindi punibili, si restringerebbero a dismisura, generando un sistema sanzionatorio, nel quale la pena, anziché essere usata come extrema ratio, finirebbe per non essere usata affatto.

Una possibile soluzione, potrebbe essere quella che incentra il baricentro punitivo della corruzione tra privati sul danno patrimoniale inferto all'impresa, e quindi sposare la tesi patrimonialistica, ponendo in secondo piano la tutela della concorrenza.

Vedremo in seguito le soluzioni normative che gli altri Paesi europei hanno adottato al riguardo.

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

La *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione* è stata conclusa nel Dicembre 2003 a Merida, in Messico. Le finalità della Convenzione sono sostanzialmente le stesse già analizzate relativamente alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa: gli Stati Parte intendono tutelare la “stabilità politica e la sicurezza delle società”, “i valori democratici, i valori etici, la giustizia e lo Stato di diritto”, “lo sviluppo sostenibile e le economie nazionali”; non manca un riferimento ai “nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro”²².

La Convenzione ha una portata molto ampia. Le tematiche fondamentali possono essere così riassunte: 1) l'individuazione di misure preventive; 2) la criminalizzazione di diverse fattispecie (titolo III, dove sarà concentrata la nostra attenzione); 3) la cooperazione internazionale; 4) il recupero dei beni.

Detto questo, soffermiamoci sui due articoli più importanti per la nostra trattazione: gli artt. 12 e 21. Il primo contiene misure di prevenzione da adottare nel contrasto alla corruzione nel settore privato; il secondo, invece, incrimina direttamente tale fattispecie.

L'art. 12 elenca una serie di misure di prevenzione che gli Stati aderenti dovrebbero adottare. Tali misure ricomprendono l'adozione di codici di condotta e di prassi corrette da utilizzare nel corso delle trattative commerciali; l'elaborazione di una disciplina che impedisca a pubblici ufficiali di poter entrare negli organi direttivi di società private, se non dopo un apprezzabile lasso di tempo, al fine di evitare che l'ex pubblico ufficiale possa usufruire delle conoscenze acquisite precedentemente per ledere i concorrenti; il miglioramento dei rapporti di collaborazione tra imprese e agenzie di controllo; la previsione di

²² Cfr. *Preambolo* della Convenzione di Merida.

procedure di controllo interno alle società per prevenire eventuali atti di corruzione.

Inoltre lo stesso articolo 12, sollecita l'adozione di misure che possano prevenire la corruzione tra privati, mediante l'innalzamento degli obblighi di trasparenza contabile e di controllo nel settore privato. A tal fine, la Convenzione prescrive l'adozione di sanzioni di diversa natura (civile, penale e amministrativa) che si caratterizzino per l'effettività, proporzionalità e dissuasività²³.

L'art. 21, invece, incrimina la corruzione tra privati nelle sue forme attiva e passiva: il “fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità del settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo, per sé o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto” (*corruzione attiva nel settore privato*)²⁴ e il “fatto, per qualsiasi persona che diriga un'entità del settore privato o che lavori per tale entità, a qualsiasi titolo, di sollecitare od accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per sé o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri” (*corruzione passiva nel settore privato*)²⁵. Il campo di applicazione di questa norma è rappresentato dai fatti commessi nell'ambito di attività economiche, finanziarie o commerciali.

Per la corruzione nella sua forma attiva, a livello strutturale, troviamo gli stessi elementi individuati in precedenza: si ha un accordo tra due

²³ “Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures”.

²⁴ “The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting”.

²⁵ “The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting”.

soggetti, l'*extraneus* e l'*intraneus*, avente ad oggetto lo scambio di utilità indebita in relazione alla violazione dei doveri posizionali di cui l'*intraneus* è rivestito. Particolarmente degno di menzione appare essere che destinatario della promessa, della dazione o dell'offerta possa essere non solo un soggetto che ricopra posizioni apicali, ma anche il semplice prestatore d'opera²⁶. Sempre a livello strutturale, il patto corruttivo anticipa il comportamento antidoveroso, integrando lo schema di una corruzione antecedente di tipo proprio, in quanto il corrotto agisce in violazione dei suoi obblighi.

Anche nella sua variante passiva, il soggetto può operare nell'impresa a qualunque livello occupazionale.

Tuttavia, l'efficacia dell'art. 21, viene indebolita dal suo preambolo, che consente ad ogni singolo Stato la valutazione sull'opportunità di procedere all'incriminazione di queste condotte.

²⁶ BORLINI L. – MAGRINI P., *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 15 ss.