

La nuova disciplina in materia di corruzione tra privati

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 75 del 30 marzo 2017, il [Decreto Legislativo 15 marzo 2017, n. 38](#) "Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato" ("**Decreto**"). Il Decreto apporta rilevanti modifiche in materia di corruzione nel settore privato al fine di adeguare l'Italia agli *standard* europei in materia.

Il Decreto entrerà in vigore il **14 aprile 2017**. La nuova disciplina avrà un impatto significativo anche ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, per tale ragione, sin dall'entrata in vigore, sarà necessario effettuare una valutazione dell'adeguatezza dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo.

Cosa cambia?

- Il Decreto rimodula la fattispecie di "*Corruzione tra privati*" prevista dall'articolo 2635 del codice civile.
 - **Dal punto di vista soggettivo**, l'ambito di applicazione della norma è stato esteso in più direzioni:
 - la norma non si applica più alle sole società bensì ad **ogni "ente privato"**;
 - viene ampliato l'elenco dei potenziali soggetti "corrotti" che non comprende più solo coloro che rivestono funzioni di amministrazione o di controllo (gli amministratori, i direttori societari, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori), **ma anche "chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive"** (nonché coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza dei soggetti appena indicati). Il terzo comma dell'articolo 2635 sanziona la condotta del soggetto "corrotto", prevedendo la punibilità del soggetto "estraneo", ovvero di colui che offre, promette o dà denaro o altre utilità non dovuti alle

Key issues

- Riformulazione dell'articolo 2635 del codice civile, rubricato "*Corruzione tra privati*", ampliando la categoria dei soggetti punibili e le condotte sanzionabili.
- Introduzione della nuova fattispecie di "*Istigazione alla corruzione tra privati*" (articolo 2635-*bis* del codice civile).
- Modifica dell'elenco dei reati-presupposto di cui all'articolo 25-*ter* del D. Lgs. n. 231/2001, adeguandolo alla nuova formulazione del reato di "*Corruzione tra privati*" e introducendo la fattispecie di "*Istigazione alla corruzione tra privati*".
- Inasprimento delle relative sanzioni pecuniarie ex D. Lgs. n. 231/2001 ed introduzione di quelle interdittive.

persone indicate come potenziali soggetti "corrotti";

- è stata, infine, tipizzata la modalità della condotta posta in essere da un **intermediario** che può agire sia nell'interesse del "corrotto" sia nell'interesse del "corrotto";
 - **Dal punto di vista oggettivo delle condotte:**
 - si specifica che la condotta deve avere ad oggetto "**denaro o altra utilità non dovuti**";
 - viene ampliato l'elenco delle condotte mediante le quali si perviene all'accordo corruttivo introducendo, accanto alla ricezione e alla accettazione della promessa, la **sollecitazione** di denaro o di altra utilità non dovuti da parte del soggetto "corrotto" nonché **l'offerta** di denaro o altra utilità non dovuti da parte del "corrotto";
 - infine, viene precisato che la sollecitazione, la ricezione o l'accettazione della promessa di denaro o altra utilità non dovuti deve avvenire "**per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà**" (gli obblighi inerenti il proprio ufficio vengono generalmente identificati sia con quelli derivanti dalla legge sia con quelli di fonte negoziale, mentre per l'individuazione degli obblighi di fedeltà, il riferimento è principalmente l'articolo 2105 del codice civile). Non è più, dunque, necessario l'effettivo compimento o l'omissione di un atto; elemento questo che diventa, invece, l'oggetto del dolo specifico, ovvero la finalità della condotta posta in essere in attuazione dell'accordo corruttivo.
 - Scompare il riferimento alla causazione di un "**nocumento alla società**": perché si realizzi il reato non è più necessario che dalla condotta derivi un danno effettivo per la società, anticipando in tal modo la rilevanza penale della condotta posta in essere. La finalità della norma non appare essere più solo quella di punire quelle condotte che ledono gli interessi (principalmente patrimoniali) della società, bensì di colpire eventuali relazioni fiduciarie che legano il soggetto "corrotto" alla società o all'ente nel cui ambito svolge la propria attività.
 - Rimane confermata la procedibilità a querela del reato: per tale ragione, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, è necessario che la società "corrotta" sporga querela nel termine di tre mesi dalla conoscenza dei fatti corruttivi. Confermato altresì il trattamento sanzionatorio originariamente previsto, con la reclusione da uno a tre anni (fino ad un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o vigilanza). In caso di società quotate, la sanzione è raddoppiata.
- Il Decreto introduce, inoltre, la nuova fattispecie di "**Istigazione alla corruzione tra privati**" (articolo 2635-*bis* del codice civile).
 - **Dal punto di vista soggettivo**, l'ambito di applicazione della norma è il medesimo dell'articolo 2635 del codice civile, sia con riferimento ai soggetti giuridici (società ed enti privati) sia in relazione al novero dei potenziali soggetti "corrotti".
 - **Dal punto di vista oggettivo delle condotte**, il reato di "**Istigazione alla corruzione tra privati**" punisce rispettivamente il "corrotto" che offre o promette denaro o altra utilità non dovuti e il "corrotto" che sollecita – anche per interposta persona – una promessa o dazione di denaro o altra utilità, al fine del compimento o dell'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti l'ufficio o degli obblighi di fedeltà, **qualora l'offerta, la promessa o la sollecitazione non siano accettate**.
 - Le condotte di istigazione alla corruzione sono punite con la reclusione da otto mesi a due anni ed anche in questo caso si procede solamente alla presenza della querela della società "corrotta".
 - Infine, ai sensi dell'articolo 2635-*ter* del codice civile, la condanna per il reato di cui all'articolo 2635, primo comma, comporta l'applicazione in capo al soggetto "corrotto", quale persona fisica, della pena accessoria della interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese di cui all'articolo 32-*bis* del codice penale, solamente nei confronti di chi sia già stato condannato per il medesimo reato o per "**Istigazione alla corruzione tra privati**", sempre in qualità di soggetto "corrotto".

Corruzione tra privati e D. Lgs. n. 231/2001

In materia di responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche ex D. Lgs. n. 231/2001, i fatti di corruzione tra privati coinvolgono l'Ente nella misura in cui vengono commessi (i) da soggetti apicali o soggetti sottoposti a loro direzione e vigilanza e (ii) nell'interesse o a vantaggio dell'Ente.

Con l'approvazione del nuovo Decreto:

- con riferimento specifico alla fattispecie di "*Corruzione tra privati*" (articolo 2635 del codice civile) rimane reato-presupposto il solo delitto commesso dal soggetto "corruttore" per avvantaggiare la società di appartenenza, seppur riformulato nella descrizione della condotta;
- subisce, però, un **notevole aumento la sanzione pecuniaria** prevista in tale ipotesi, che andrà da un minimo di circa € 103 mila fino ad un massimo di circa € 930 mila¹;
- **diventa reato-presupposto anche la nuova fattispecie di "Istigazione alla corruzione tra privati"** (ex articolo 2635-bis del codice civile), con la previsione di una sanzione da un minimo di circa € 51 mila fino ad un massimo di € 620 mila: anche in questo caso solo a carico della società alla quale appartiene il soggetto che istiga alla corruzione gli esponenti aziendali altrui – che non accolgono l'istigazione – per avvantaggiare la società di appartenenza;
- la **grande novità** consiste nell'applicazione, in entrambi i casi, delle **sanzioni amministrative interdittive di cui all'articolo 9, comma 2**, del D. Lgs. n. 231/2001 tali da comprendere: l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni e il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e, infine, il divieto di pubblicizzare beni o servizi. La durata sarà non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni. **Si tratta degli unici reati societari per i quali è prevista la possibilità di applicare a carico**

¹ La sanzione pecuniaria, sia nell'ipotesi di cui all'art. 2635, sia nell'ipotesi di cui all'art. 2635-bis del codice civile, potrà essere aumentata di un terzo nel caso di applicazione dell'aggravante per l'ente che ha conseguito un profitto di rilevante entità dalla commissione del reato.

dell'Ente le sanzioni interdittive, anche in sede cautelare.

Verso quale direzione si muove l'Europa?

In Europa si registra una tendenza ad una sempre maggior criminalizzazione dei fenomeni corruttivi, anche nel settore privato, avendo questi un impatto fortemente negativo sui mercati in termini di leale concorrenza tra le imprese, ordine economico e risparmio.

Pertanto, è sempre maggiore l'impegno che viene richiesto alle società attraverso l'adozione di sistemi di controllo che siano effettivi ed efficaci nella prevenzione della corruzione.

In tale direzione si rivolgono le nuove misure introdotte recentemente in diversi Paesi europei, in particolare in Spagna (con la Legge Organica n. 1 del 2015) ed in Francia con la Legge Anticorruzione ("**Sapin II**"), promulgata in data 9 dicembre 2016.

La Legge Organica n. 1 del 2015 spagnola ha recepito alcune raccomandazioni internazionali, dando particolare rilievo ai "*Programas de corporate compliance*", che vengono configurati come cause di esclusione della responsabilità penale, così ponendoli al centro della disciplina della responsabilità dell'ente in un'ottica di prevenzione dei reati che possono realizzarsi nell'attività d'impresa, determinando la (quasi) perfetta sovrapposibilità tra la novella del 2015 spagnola e la disciplina dettata dal D. Lgs. n. 231/2001.

In Francia, con la legge Sapin II:

- è stata creata una nuova agenzia per la lotta alla corruzione, l'*Agence Française Anticorruption* ("**AFA**");
- è stato introdotto un obbligo concreto e rigoroso a carico delle imprese francesi di "*prevenire la corruzione*": le società dovranno pertanto adottare un adeguato Sistema di Gestione della *Compliance* e del Rischio di Corruzione ("*Anti-Bribery and Compliance Management System*" – "**Modello ABC**");
- la mancata adozione di tale sistema potrà essere sanzionata dall'AFA. È questa la maggiore novità rispetto alla disciplina prevista dal nostro D. Lgs. n. 231/2001: una società potrà essere sanzionata per la sola mancata adozione del Modello ABC, senza che sia stato preventivamente commesso alcun reato presupposto.

Cosa fare?

La rimodulazione della fattispecie di cui all'articolo 2635 del codice civile (già reato-presupposto) nonché l'inserimento nel catalogo dei reati-presupposto del D. Lgs. n. 231/2001 della fattispecie di "*Istigazione alla corruzione tra privati*" comporta per gli Enti la necessità di effettuare:

- una nuova mappatura delle attività sensibili a rischio reato ex D. Lgs. n. 231/2001, quindi procedendo ad un aggiornamento del **Risk Assessment**, con particolare riferimento a quelle attività sensibili e/o processi aziendali che potrebbero subire un impatto a seguito dell'introduzione della punibilità delle condotte corruttive poste in essere dall'intermediario (interposta persona) e dagli istigatori. In particolare, sarà utile effettuare una nuova valutazione (del rischio) in relazione alle seguenti attività:
 - Selezione fornitori;
 - Consulenze e prestazioni professionali;
 - Selezione e assunzione del personale;
 - Gestione omaggi;
 - Spese di rappresentanza (note spese);
 - Acquisto di beni e servizi.
- Una volta conclusa l'attività di *Risk Assessment* sarà necessario effettuare una nuova valutazione dell'efficacia del sistema dei controlli interni per la prevenzione della commissione dei nuovi (e/o modificati) reati-presupposto (**Gap Analysis**).

All'esito di tale attività sarà possibile valutare l'adeguatezza dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo in relazione alle modifiche introdotte dal nuovo Decreto ed, eventualmente, procedere ad una revisione dello stesso.

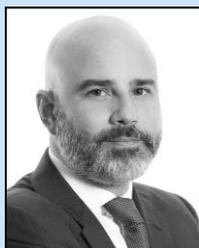
In sede di valutazione del sistema dei controlli interni per la prevenzione dei reati di corruzione (sia pubblica che

privata), potrà essere utile prendere in considerazione anche l'opportunità di adeguare tale sistema agli *standard* previsti dalla ISO 37001 in materia di prevenzione della corruzione. Il 15 ottobre del 2016 l'ISO ha, infatti, pubblicato l'*Anti-Bribery Management System* ("**Sistema di Gestione Anticorruzione**") che detta specifici *standard* in materia di prevenzione della corruzione. Si tratta di una norma di tipo A, quindi certificabile, che si appresta a diventare il primo parametro internazionale per la costruzione dei Sistemi di Gestione Anticorruzione.

In caso di ottenimento della certificazione ISO 37001, l'intervento di una terza parte indipendente quale un ente di certificazione rappresenta da un lato uno stimolo ed un'occasione di confronto, dall'altro un elemento che potrebbe rafforzare il giudizio di idoneità dei Modelli ex D. Lgs. n. 231/2001.

Pertanto le recenti riforme in materia di corruzione (non solo a livello nazionale) e la relativa responsabilità delle società dovrebbero portare quest'ultime a valutare la possibilità di adeguare il proprio sistema di controlli per la prevenzione dei fenomeni di corruzione anche in relazione agli *standard* previsti dalla ISO 37001.

Authors & Contacts



Antonio Golino
Partner

T: +39 02 806 341
E: antonio.golino
@cliffordchance.com



Jean-Paule Castagno
Counsel

T: +39 02 806 341
E: jean-paule.castagno
@cliffordchance.com



Pasquale Grella
Associate

T: +39 02 806 341
E: pasquale.grella
@cliffordchance.com



Laura Scaramellini
Trainee Lawyer

T: +39 02 806 341
E: laura.scaramellini
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Piazzetta M.Bossi, 3, 20121 Milan, Italy
© Clifford Chance 2017
Clifford Chance Studio Legale Associato

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.