

# Corruzione fra privati nel settore immobiliare – il «caso poco grave»

Sulla base di un esempio, gli autori trattano del fenomeno della corruzione fra privati (art. 322<sup>octies</sup> seg. CP) sul mercato immobiliare. In particolare, sono messe in risalto le problematiche legate all'art. 322<sup>octies</sup> cpv. 2 rispettivamente all'art. 322<sup>novies</sup> cpv. 2 C, secondo cui il reato è perseguibile solo a querela di parte nei casi poco gravi. Tale distinzione, che costituisce un unicum all'interno del diritto penale svizzero, può portare a situazioni in cui la corruzione fra privati risulta punibile ai sensi di altre norme del Codice penale, ma non della normativa specifica.

<b>I. Introduzione</b> .....	132
<b>II. Repressione di un ostacolo alla libera concorrenza o reato dallo scopo incerto?</b> .....	132
1. Il fenomeno della corruzione fra privati .....	132
2. Breve storia delle disposizioni penali .....	132
<b>III. La corruzione fra privati</b> .....	133
1. La fattispecie penale .....	133
2. Il «caso poco grave» .....	134
3. Conclusioni .....	134
<b>IV. L'amministrazione infedele</b> .....	135
<b>V. Riflessioni conclusive</b> .....	137

## Citazione:

FABIAN TEICHMANN / DIMITRI GAFFURI, Corruzione fra privati nel settore immobiliare – il «caso poco grave», sui generis 2023, S. 131

Fabian Teichmann, Dr. iur. Dr. rer. pol., LL.M., Avvocato e notaio. Managing partner presso Teichmann International (Schweiz) AG (teichmann@teichmann-law.ch). Dimitri Gaffuri, MLaw, giurista presso Teichmann International (Schweiz) AG (gaffuri@teichmann-law.ch).

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.236>

Quest'opera è rilasciata sotto una licenza Creative Commons Attribution - ShareAlike 4.0 International.

## I. Introduzione

- 1 Quando si pensa alla Svizzera, tipicamente si pensa ad un luogo dove il senso civico è profondamente radicato nel patrimonio culturale. Tale luogo comune ha, certamente, un fondamento di verità. Nel 2022 la Svizzera si è posizionata al settimo posto della classifica dei paesi meno corrotti, redatta annualmente dall'ONG *Transparency*.<sup>1</sup> Tuttavia, l'indice non tiene conto della corruzione privata. In tale ambito, il nostro Paese mostra potenziale di miglioramento.<sup>2</sup> La corruzione privata è un fenomeno spesso sottovalutato. Non di rado, chi si «ingrazia» potenziali partner commerciali agisce convinto di non violare il diritto.
- 2 Nell'ambito immobiliare sono talvolta riscontrabili pratiche dalla dubbia liceità. Ad esempio, si pensi all'azienda che corrisponde una commissione alla fiduciaria immobiliare per farsi assegnare l'appalto per l'installazione dell'allacciamento ad internet tramite fibra ottica. Simili tangenti, più elegantemente dette retrocessioni o *Kick-Backs*, possono assumere svariate forme ed è possibile farne diversi esempi. Lo scopo di questo articolo è quello di comprendere in che modo il diritto vigente punisce la corruzione privata nei casi analoghi all'esempio citato pocanzi, e per quale motivo – come si vedrà – l'applicazione pratica degli art. 322<sup>octies</sup> seg. CP<sup>3</sup> resta un evento raro.

## II. Repressione di un ostacolo alla libera concorrenza o reato dallo scopo incerto?

### 1. Il fenomeno della corruzione fra privati

- 3 Oltre all'ONG *Transparency*, anche il Consiglio federale è dell'opinione che la corruzione fra privati sia un fenomeno presente in Svizzera.<sup>4</sup> Tale fenomeno interferisce, fra l'altro, con la libera concorrenza. Si immagini un medico che prescrive (ed eventualmente fornisca) al proprio paziente un determinato preparato medico e che il produttore del medicinale fornito corrisponda al medico una percentuale del valore del farmaco quale provvisione.<sup>5</sup> Se il medico non avesse percepito un compenso da parte del produttore del farmaco, egli avrebbe forse prescritto un altro medicinale. Va aggiunto che il medico deve al

paziente diligenza e lealtà.<sup>6</sup> È evidente come tangenti pagate clandestinamente facciano aumentare i prezzi. Inoltre, non è escluso un peggioramento della qualità della consulenza fornita.<sup>7</sup> Gli art. 322<sup>octies</sup> seg. CP tutelano dunque molteplici beni giuridici. Allo stesso tempo, la *ratio iuris* della normativa contro la corruzione fra privati presenta contorni fumosi e non chiaramente definiti.<sup>8</sup>

È importante sottolineare che il settore privato ritiene la corruzione fra privati un problema. Verso la fine degli anni Novanta, uno studio indicava che l'importo complessivo delle tangenti corrisposte in tutto il tessuto economico superava i cento milioni di franchi.<sup>9</sup> Il fenomeno, tuttavia, tende a restare nell'ombra in quanto le parti coinvolte intendono, in primo luogo, tutelarsi dal danno reputazionale che deriverebbe dall'eco mediatico che generalmente accompagna i casi di corruzione.<sup>10</sup> Si noti, infine, come la corruzione nel settore immobiliare porti ad un aumento dei costi. Questo si ripercuote anche sui canoni di locazione.

### 2. Breve storia delle disposizioni penali

Le prime disposizioni in materia di corruzione fra privati risalgono al 1943. Allora, si intendeva la corruzione fra privati come una forma di concorrenza sleale, di cui il corruttore era considerato il responsabile. Solo la corruzione attiva – non invece la partecipazione passiva all'atto – era considerata reato ed era perseguibile a querela di parte.<sup>11</sup> Decenni dopo, grazie alla sottoscrizione di trattati bilaterali, la Svizzera modernizzò la normativa in merito.<sup>12</sup> Interessante è il fatto che, nonostante gli sforzi di modernizzazione, si rinunciò al perseguimento *ex officio*; mentre i Cantoni sarebbero stati favorevoli, infatti, la maggioranza dei partiti e del mondo economico si oppose al progetto.<sup>13</sup> Il Consiglio federale argomentò

1 Transparency International, *Corruption Perception Index 2022*.

2 Transparency International Schweiz, *Medienmitteilung zum Corruption Perception Index 2022*.

3 Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CP; RS 311.0).

4 Messaggio del 30 aprile 2014 concernente la modifica del Codice penale (Disposizioni sulla corruzione), FF 2014 3099, pag. 3105.

5 JUANA VASELLA, *Vorteilsverbot bzw. Integritäts- und Transparenzgebot für den Vertrieb von Arzneimitteln der Traditionellen Chinesischen Medizin*, sui generis 2017, pag. 265.

6 DAVID OSER / ROGER WEBER, in: Widmer Lüchinger/Oser (ed.), *Basler Kommentar ORI*, 4a ed., Basilea 2019, art. 394 N9 (cit. BSK ORI-AUTORE).

7 L'esempio del medico svolge una funzione illustrativa e – appositamente – non tiene conto della regolamentazione dei prezzi vigente in ambito sanitario.

8 MARK PIETH, *Die Neuregelung der Privatbestechung*, *forumpenale* 2017, pag. 241; RAFFAEL MEILI, *Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung*, *diss.*, Zurigo 2018, pag. 70 seg.

9 Messaggio del 10 novembre 2004 concernente l'approvazione e l'attuazione della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione e del relativo Protocollo aggiuntivo (Modifica del Codice penale e della legge federale contro la concorrenza sleale), FF 2004 6189, pag. 6216.

10 PIETH (nota 8), pag. 241.

11 MEILI (nota 8), pag. 23 seg.

12 MEILI (nota 8), pag. 27.

13 Messaggio del 10 aprile 1999 concernente la modifica del Codice penale svizzero e del Codice penale militare (revisione delle disposizioni penali in materia di corruzione) nonché l'adesione della Svizzera alla Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, FF 1999 4721, pag. 4744 seg.

che il requisito della querela era adeguato, in quanto la corruzione privata costituiva un reato difficilmente perseguibile senza la collaborazione della parte lesa.<sup>14</sup> Nel 2016 si giunse infine alle attuali norme del Codice penale, che puniscono la corruzione privata indipendentemente dal suo carattere concorrenziale, segnatamente come pratica di concorrenza sleale.<sup>15</sup> Con questo cambio di paradigma si intendeva rendere la pratica più facilmente perseguibile.<sup>16</sup> In tale occasione il Consiglio federale cambiò opinione, sostenendo ora che fosse necessario rinunciare al requisito della querela, in quanto questa sarebbe stata la ragione per cui, malgrado la corruzione fra privati fosse rimasto un fenomeno presente in Svizzera, fino ad allora non vi fosse stato alcun procedimento penale in proposito.<sup>17</sup> Nonostante ciò, il Parlamento adottò una versione modificata della norma che rendeva la corruzione fra privati perseguibile d'ufficio, salvo nei casi poco gravi, i quali continuano ad essere perseguibili soltanto a querela di parte.<sup>18</sup> Non stupisce, dunque, che, ad oggi, la giurisprudenza relativa alla corruzione fra privati sia praticamente inesistente.<sup>19</sup>

### III. La corruzione fra privati

#### 1. La fattispecie penale

- 6 L'art. 322<sup>octies</sup> cpv. 1 CP punisce chi offre, promette o procura un indebito vantaggio a un cd. *agente*, ossia un impiegato, un mandatario, ecc., per indurlo a commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività di servizio o d'affari e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento.<sup>20</sup> Nel fare ciò, l'agente corrotto, viola il rapporto di fiducia che lo lega al proprio *principale*, ossia al datore di lavoro, al mandante, ecc.<sup>21</sup> La disposizione descrive dunque un rapporto a tre parti; tale rapporto, che si svolge nell'ambito dell'economia privata, esiste in primis fra principale ed agente, ed è in seguito infiltrato dal terzo, ossia dal corrotto.<sup>22</sup> L'art. 322<sup>novies</sup> cpv. 1 CP – che corrisponde in

modo speculare all'art. 322<sup>octies</sup> cpv. 1 CP – punisce l'agente, ossia chi percepisce la tangente.<sup>23</sup> Secondo l'art. 322<sup>octies</sup> cpv. 2 rispettivamente secondo l'art. 322<sup>novies</sup> cpv. 2 CP, il reato è punito a querela di parte nei casi poco gravi.

La condotta delittuosa consiste nell'offerta, promessa o concessione – rispettivamente nella pretesa o nell'accettazione – di un vantaggio indebito, corrisposto dal terzo all'agente. Un vantaggio è considerato indebito se il destinatario non vi ha alcun diritto. Un caso tipico è quello di una violazione degli obblighi contrattuali dell'agente nei confronti del principale; ad esempio, l'obbligo di restituzione previsto dall'art. 321<sup>b</sup> e dall'art. 400 cpv. 1 CO<sup>24</sup>, in virtù del quale l'agente è tenuto a consegnare al principale il compenso percepito.<sup>25</sup> Ciò non avviene, ovviamente. Lo scopo della tangente è, infatti, quello di influenzare il comportamento dell'agente a vantaggio del corrotto.<sup>26</sup> Nel particolare caso di retrocessioni o *Kick-Backs*, ossia tangenti che assumono la forma della restituzione di una parte del prezzo pattuito, la giurisprudenza ha chiaramente stabilito che il mandatario è tenuto ad informare il mandante; solo così, infatti, il mandante può accordare il proprio consenso alla transazione. In mancanza del suddetto consenso, la tangente resta – in principio – illegale. Tangenti percepite di nascosto violano l'obbligo di restituzione e – di riflesso – la lealtà che il mandatario deve al mandante.<sup>27</sup>

Affinché il reato si configuri, è necessario che il vantaggio sia offerto o concesso in cambio di un'azione contraria al dovere di lealtà del corrotto. Il testo di legge, che menziona «un atto o un'omissione in relazione con l'attività di servizio o d'affari e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al potere d'apprezzamento [dell'agente]» rischia di confondere: ad essere rilevante è – in ultima analisi – unicamente il fatto che l'agente, motivato dalla tangente, viene meno al proprio dovere di lealtà nei confronti del principale.<sup>28</sup> In tal senso, non è sufficiente che l'agente percepisca la tangente, violando il proprio dovere di consegnarla al principale; è, altresì, necessario ch'egli commetta un'ulteriore violazione o, rispettiva-

14 Messaggio, Convenzione penale sulla corruzione, 2004 (nota 9), pag. 6215.

15 MEILI (nota 8), pag. 33.

16 JÜRIG-BEAT ACKERMANN / LAURA BAUMANN, Bestechung Privater, in: Gropp/Hecker/Kreuzer/Ringelmann/Witteck/Wolfast (ed.), Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, Tubinga 2016, pag. 7.

17 Messaggio, Disposizioni sulla corruzione, 2014 (nota 4), pag. 3105.

18 MEILI (nota 8), pag. 38 seg.

19 PIETH (nota 8), pag. 241; LUCIUS RICHARD BLATTNER, Die Privatbestechung – eine Herausforderung für fast jede Unternehmung, fp 2015, pag. 94.

20 MEILI (nota 8), pag. 79.

21 MEILI (nota 8), pag. 79 seg.; KATHRIN BETZ, in: Trechsel/Pieth (ed.), Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar, 4a ed., Zurigo et al. 2021, art. 322<sup>octies</sup> N 11 (cit. StGB PK-AUTORE).

22 BERNHARD ISENRING, in: Donatsch (ed.), StGB Kommentar, 21a ed., Zurigo 2022, art. 322<sup>octies</sup> N 12 (cit. StGB-Kommentar-AUTORE); ELIANE HIESTAND, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen

(Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft – insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG, diss., Zurigo 2014, pag. 6 seg.; StGB PK-BETZ, art. 322<sup>octies</sup> N 12.

23 MARK PIETH, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), BSK StGB II, 4a ed., Basilea 2018, art. 322<sup>novies</sup> N 1 seg. (cit. BSK StGB II-AUTORE).

24 Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911 (CO; RS 220).

25 BSK StGB II-PIETH, art. 322<sup>octies</sup> N 6 seg.; StGB PK-BETZ, art. 322<sup>octies</sup> N 13; MEILI (nota 8), pag. 91.

26 Cfr. StGB-Kommentar-ISENRING, art. 322<sup>octies</sup> N 7.

27 DTF 137 III 393, consid. 2.3; DTF 132 III 460, consid. 4.1; cfr. anche sentenza del Tribunale federale 4A\_127/2012 del 30 ottobre 2012, in cui si precisa che l'obbligo di trasparenza relativo alle retrocessioni vale anche nel caso in cui principale ed agente sono due società facenti capo ad uno stesso gruppo.

28 MEILI (nota 8), pag. 115.

mente, che venga meno al proprio dovere di lealtà in altro modo (ad esempio rivelando dei segreti industriali alla concorrenza).<sup>29</sup> Ciò può avvenire – ed è la circostanza più probabile nel caso in esame – anche con un esercizio abusivo del potere di apprezzamento.<sup>30</sup> La questione – un tempo dibattutissima – di cosa significhi abusivo, si complica in particolar modo quando si considerano le situazioni in cui l'agente non supera i confini del proprio margine di apprezzamento (cd. *Ermessensunter-/überschreitung*), bensì opera una scelta in sé e per sé difendibile, ma lo fa influenzato dalla tangente percepita. Ad opinione di Gfeller, secondo gli autori del presente articolo assolutamente condivisibile, il fulcro del problema va individuato nel fatto che, percependo la tangente, l'agente si privi della libertà per poter esercitare il proprio dovere liberamente e nell'interesse del principale. Il potere decisionale, di fatto, è ceduto al corruttore. Che questi possa, per qualche ragione di fatto imputabile al caso, operare una scelta che si rivela fortunata anche per il principale, è irrilevante. Ciò che conta è che, al momento decisivo, la priorità è stata accordata agli interessi del corruttore.<sup>31</sup> Inoltre, fra l'agente ed il terzo soggetto, ossia fra corruttore e corrotto, deve esistere un accordo. Questo trova la sua espressione nel legame logico-causale fra tangente e prestazione; ossia in un rapporto di *do ut des*.<sup>32</sup> Affinché una simile relazione possa esistere, è necessario che la violazione degli obblighi, ai quali il corruttore vuol indurre il corrotto, sia determinata o determinabile preventivamente.<sup>33</sup>

## 2. Il «caso poco grave»

- 9 Giusta gli art. 322<sup>octies</sup> cpv. 2 e 322<sup>novies</sup> cpv. 2 CP, i casi «poco gravi» di corruzione fra privati sono perseguibili solo a querela di parte. Le profonde implicazioni di tale imposizione sono state tematizzate in precedenza. La questione che si pone a questo punto è quella di comprendere in quali circostanze si è in presenza di un caso poco grave.
- 10 Il parlamento aveva proposto, quali criteri per definire l'esistenza di un caso poco grave, i seguenti indicatori: ammontare della somma corrisposta non superiore alle poche migliaia di franchi; nessuna messa in pericolo della salute o della sicurezza altrui; nessuna commissione del reato in modo reiterato e in banda; nessun reato di

falsità in atti.<sup>34</sup> La dottrina ha poi tentato di fare chiarezza ed ha dibattuto circa la questione se, affinché un caso fosse poco grave, le condizioni sopra elencate dovessero essere adempiute alternativamente o cumulativamente.<sup>35</sup> Complessivamente, comunque, vista la scarsissima giurisprudenza esistente, ad oggi non si dispone di conoscenze riguardo all'interpretazione dell'cpv. 2 più approfondite rispetto alle ipotesi avanzate in parlamento in sede legislativa.<sup>36</sup>

## 3. Conclusioni

Secondo l'ONG *Transparency*, il settore immobiliare e quello delle costruzioni sono particolarmente interessati dal fenomeno della corruzione fra privati.<sup>37</sup> Si riconsideri a questo punto l'esempio proposto sopra: fra il proprietario dell'immobile e la fiduciaria immobiliare che si occupa della sua amministrazione vige un rapporto contrattuale; tipicamente un contratto di mandato.<sup>38</sup> A caratterizzare tale relazione è, fra le altre cose, la lealtà che la fiduciaria deve al proprietario. In altre parole, essa deve subordinare il proprio agire, in virtù della natura atipica del mandato, all'interesse del proprietario.<sup>39</sup> Applicando la terminologia propria della corruzione fra privati al caso in esame, dunque, il proprietario dell'immobile riveste il ruolo del principale; la fiduciaria immobiliare quello dell'agente. Qualora si rendesse necessaria l'installazione dell'allacciamento a internet tramite fibra ottica, verosimilmente la fiduciaria immobiliare si occuperebbe di procurarsi alcune offerte da parte di imprese in grado di svolgere il lavoro.

Si immagini ora che il titolare di una delle suddette imprese corrisponda alla fiduciaria immobiliare – rispettivamente al professionista che lavora per essa – un compenso di Fr. 5'000.- perché le sia assegnato l'appalto; e che il proprietario dell'immobile sia tenuto all'oscuro di tutto. Giusta l'art. 400 cpv. 1 CO il mandatario è obbligato a restituire al mandante tutto ciò che per qualsiasi titolo egli ha ricevuto in forza del mandato. Secondo la giuri-

29 DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung – Art. 4a UWG – Konzeption und Kontext, diss., Basilea 2010, pag. 184 seg.

30 Messaggio, Convenzione penale sulla corruzione, 2004 (nota 9), pag. 6218.

31 GFELLER (nota 29), pag. 186 seg. Con riferimento agli eventuali vantaggi per il principale, si noti che ciò è solo difficilmente immaginabile; in caso contrario, il corruttore non avrebbe alcun bisogno di pagar tangenti.

32 StGB-Kommentar-ISENRING, art. 322<sup>octies</sup> N 13; StGB PK-BETZ, art. 322<sup>octies</sup> N 16; MEILI (nota 8), pag. 111 seg.

33 Cfr. sentenza del TF 6S.108/1999 del 28 settembre 2000, consid. 2.b); DTF 126 IV 141, consid. 2; DTF 118 IV 309, consid. 2.a).

34 LUCIUS RICHARD BLATTNER, Der leichte Fall der Privatbestechung – mehr Fragen als Antworten, forumpoenale 2017, pag. 40; LAURENT OBERSON, Der leichte Fall der Privatbestechung – Eine kritische Beleuchtung der parlamentarischen Debatte, Quid? 2018, pag. 10.

35 OBERSON (nota 34), pag. 10 (cfr. ivi nota 1, con riferimenti a JOSITSCH, DRZALIC, ISENRING, BLATTNER e BETZ); BLATTNER, Der leichte Fall (nota 34), pag. 40 (cfr. ivi nota 7).

36 BSK StGB II-PIETH, art. 322<sup>octies</sup> N 10 seg.

37 Transparency International, National Integrity System Bericht Schweiz, Berna 2012, pag. 218.

38 Cfr. ODOK, Facility Management – juristisch betrachtet, TREX 02, pag. 134 seg., in cui si mette in luce come la relazione di Facility Management possa presentare, a seconda dell'organizzazione, elementi propri del contratto di lavoro, del mandato e dell'appalto, ma anche di diritto societario. In ogni caso, ciò che è centrale è che, nella maggior parte dei casi, il gestore sarà tenuto ad un comportamento leale nei confronti del proprietario.

39 BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 8.



sprudenza del Tribunale federale (TF) lo scopo della norma è quello di prevenire conflitti di interesse; tale obiettivo costituisce, insieme al principio per cui il mandatario non deve trarre alcun profitto – eccezione fatta per il proprio onorario – dal mandato, né subire alcuna perdita, il criterio determinante per valutare se un vantaggio sia derivato dall'esecuzione del mandato, o se invece la contemporaneità degli eventi sia una semplice casualità. Sempre secondo il TF è da ritenere che un vantaggio sia stato corrisposto in forza del mandato non appena sussiste il rischio che il mandatario sia indotto a non considerare adeguatamente gli interessi del mandante.<sup>40</sup> Nel caso in esame, oltre al normale onorario che la fiduciaria percepisce dal proprietario, essa – rispettivamente il professionista che vi lavora – percepisce una somma di Fr. 5'000.-. Di tale transazione il principale non sa nulla. Il potenziale conflitto d'interessi è evidente. In tal senso, la tangente è corrisposta proprio in forza del mandato. Da ciò segue la natura indebita del vantaggio.

- 13 In base a quanto esposto sopra, l'aver percepito una tangente al fine di esercitare il proprio potere di apprezzamento in un modo piuttosto che in un altro costituisce una violazione dell'obbligo di lealtà che la fiduciaria immobiliare deve al proprietario; ciò vale indipendentemente dal tenore del contratto d'appalto siglato in seguito all'azione corruttiva. Sia che a causa della corruzione il proprietario subisca un danno patrimoniale, sia nell'ipotesi in cui ciò non avvenga, l'azione corruttiva ha in ogni caso impedito alla fiduciaria immobiliare di agire – secondo coscienza – nell'interesse del proprietario. In tal senso, oltre ad aver percepito illegittimamente una tangente, violando il dovere di restituzione, la fiduciaria immobiliare ha anche violato il proprio dovere di lealtà, avendo delegato l'esercizio del proprio potere di apprezzamento all'azienda appaltatrice. Si noti, poi, che un'azienda che corrisponde tangenti per vedersi assegnato l'appalto offrirà – necessariamente – condizioni contrattuali non vantaggiose. In caso contrario, essa non avrebbe la necessità di corrompere. In tal senso, ci si attende, inoltre, che da una simile pratica il proprietario dell'immobile risulti danneggiato anche nel patrimonio.<sup>41</sup> Infine, anche la condizione del legame fra tangente e assegnazione dell'appalto, necessaria perché la fattispecie sia integrata, può dirsi manifestatasi.

- 14 Si consideri ora l'eccezione prevista dagli art. 322<sup>octies</sup> cpv. 2 e 322<sup>novies</sup> cpv. 2 CP. Nell'esempio che ci concerne, la tangente ammonta a Fr. 5'000.-, ed è pagata privata-

40 DTF 143 III 348, consid. 5.1.2; DTF 138 III 755, consid. 5.3.

41 Cfr. GFELLER (nota 29), pag. 188, il quale spiega che anche nell'ipotesico caso in cui all'agente – dunque alla fiduciaria immobiliare – fossero sottoposte molteplici offerte identiche fra loro, l'agente è tenuto a negoziare per ottenere condizioni migliori da uno degli offerenti, anziché percepire una tangente ed assegnare l'appalto a uno qualsiasi degli offerenti.

mente dal titolare dell'appaltatrice al professionista impiegato presso la fiduciaria immobiliare. Grazie a suddetta tangente, all'appaltatrice è assegnato l'appalto per l'installazione della fibra ottica. Considerando la fattispecie del caso poco grave, risulta evidente che il caso resterebbe impunito. Si consideri, infatti, che i casi in cui un'azione corruttiva porta ad una messa in pericolo della salute o della sicurezza costituiscono una minoranza. Potrebbe essere l'ipotesi in cui l'azienda appaltatrice impiegasse materiali scadenti per rientrare della spesa sostenuta per corrompere la committente. Anche allora, comunque, non sarebbe così semplice parlare di messa in pericolo della salute o della sicurezza. Nell'esempio di cui sopra, infatti, è solo difficilmente immaginabile che l'installazione della fibra ottica, anche se eseguita male, metta in pericolo qualcuno. Riguardo al criterio della falsità in documenti, invece, si consideri quanto segue: se a corrispondere la tangente è una persona giuridica, questa dovrà mettere a bilancio la transazione. Se lo fa, non vi è falsità in atti, per cui la corruzione è perseguibile solo a querela di parte. Se non lo fa, o lo fa servendosi di fatture fittizie, si è in presenza di un falso intellettuale, per cui la corruzione è perseguibile d'ufficio. Se a corrispondere la tangente è invece il titolare dell'azienda, che agisce in qualità di persona fisica, non vi è falsità in atti. Si comprende, dunque, come esistano numerose possibilità affinché la tangente sia corrisposta aggirando il problema della falsità in atti.<sup>42</sup> Il criterio della commissione reiterata, dal canto suo, per quanto chiaro, esclude dalla perseguibilità *ex officio* gli atti di corruzione che costituiscono un unicum. Infine, il criterio dell'importo minimo esclude tutti i casi di corruzione minori. Sebbene a riguardo non vi sia una giurisprudenza chiara, tipicamente si parla di tangenti non superiori alle «poche migliaia di franchi».<sup>43</sup>

Con riferimento all'esempio in esame, dunque, qualora la tangente ammontasse a Fr. 5'000.- il reato sarebbe perseguibile solo a querela del proprietario. A modo di vedere degli autori, tuttavia, sia chi corrisponde la tangente, sia chi la percepisce, si rende punibile sotto un altro punto di vista: quello dell'art. 158 CP (eventualmente – a seconda delle circostanze – per complicità o istigazione).

#### IV. L'amministrazione infedele

L'art. 158 del Codice penale è un reato che si configura come violazione di un dovere di diligenza; esso si consuma solo in presenza di un danno patrimoniale. Il reato di amministrazione infedele giusta l'art. 158 cpv. 1 CP pre-

42 BLATTNER, Der leichte Fall (nota 34), pag. 42.

43 BLATTNER, Der leichte Fall (nota 34), pag. 44; OBERSON (nota 34), pag. 12.

vede che l'autore, obbligato per legge, mandato ufficiale o per contratto ad amministrare il patrimonio altrui o a sorvegliarne la gestione, mancando al proprio dovere, lo danneggia o permette che ciò avvenga. Affinché possa configurarsi il reato, è necessario che l'autore possa disporre del patrimonio altrui, e che nello svolgere il proprio lavoro egli disponga di un certo grado di autonomia.<sup>44</sup> Nella prassi sono stati ad esempio riconosciuti quali possibili autori, soggetti come il responsabile di una filiale,<sup>45</sup> il direttore di un cantiere o l'impiegato che negozia, richiede preventivi e li controlla, pur senza avere potere di stipula.<sup>46</sup> Per stabilire se un soggetto disponga del grado di autonomia richiesto dall'art. 158 cpv. 1 CP, la giurisprudenza si riferisce a fattori come la capacità di concludere accordi contrattuali e di rappresentare il principale, così come il grado di libertà organizzativa e decisionale o anche la libertà di disporre – de jure o de facto – di un determinato bene patrimoniale.<sup>47</sup> Nel caso della fiduciaria immobiliare che ci concerne si può certamente affermare che questa sia responsabile del mantenimento e della conservazione dell'immobile amministrato. A prescindere da eventuali diritti di rappresentanza o, rispettivamente, dalla capacità di rappresentare il proprietario, si può dunque affermare che la fiduciaria immobiliare ricopre un ruolo amministrativo ed è tenuta a vegliare sugli immobili che ha in gestione. In tal senso, la fiduciaria immobiliare ricopre un ruolo di amministratore ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 CP.<sup>48</sup>

17 L'art. 158 cpv. 1 CP non definisce quale atto delittuoso costituisca amministrazione infedele. Serve, dunque, una valutazione delle circostanze globali. Decisiva è la presenza di una violazione degli obblighi previsti; questa deve, poi, causare il danneggiamento di interessi patrimoniali.<sup>49</sup> Costituisce una violazione dei doveri, ad esempio, l'offrire un appalto ad un'azienda che propone condizioni sfavorevoli rispetto al mercato senza che vi siano oggettive e ragionevoli spiegazioni che giustifichino una simile scelta.<sup>50</sup>

18 In una sentenza del 2003, il TF si è confrontato con un caso in cui l'impiegato di una banca aveva, per conto di

44 DTF 142 IV 346, consid. 3.2; DTF 105 IV 307, consid. 2; DTF 100 IV 33, consid. 2; DTF 95 IV 65.

45 DTF 105 IV 307, consid. 3, in cui il TF sancisce che un responsabile di filiale di una grande azienda, il quale svolge «sottobanco», quindi personalmente, incarichi offertigli in quanto rappresentante dell'azienda, cagiona un danno al proprio principale, nella forma di mancato guadagno, ed integra così il reato di amministrazione infedele.

46 BSK StGB II-NIGGLI, art. 158 N 33 seg.

47 DTF 105 IV 307, consid. 2; DTF 102 IV 90, consid. 1.b); DTF 100 IV 33, consid. 2.

48 ANDREAS DONATSCH, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 10a ed., Zurigo 2013, pag. 305.; DTF 100 IV 33, consid. 2.

49 DONATSCH (nota 48), pag. 306.

50 DONATSCH (nota 48), pag. 309, c.n.

questa, acquistato da un intermediario finanziario titoli azionari ad un prezzo superiore al loro valore di mercato. Tale sovrapprezzo, che avrebbe dovuto costituire la regolare provvigione dell'intermediario, veniva invece corrisposto da quest'ultimo all'impiegato della banca, che conservava per sé il denaro. Un accordo in tal senso era stato raggiunto fra l'intermediario e l'impiegato della banca prima che si concludesse l'affare. Pertanto, secondo la Corte, l'impiegato della banca aveva in sostanza fatto dipendere l'esito della transazione da un proprio tornaconto personale cui non aveva diritto. Così facendo, gli interessi patrimoniali della banca erano stati danneggiati.<sup>51</sup>

Se da tale giurisprudenza è dunque possibile concludere che la corruzione fra privati può integrare la fattispecie ex art. 158 cpv. 1 CP, occorre sottolineare che – in ogni caso – è necessario un danneggiamento degli interessi patrimoniali del principale. Facendo nuovamente riferimento all'esempio di cui sopra, sarebbe necessario chiarire in che modo la fiduciaria immobiliare che, sotto l'influenza della tangente, assegnasse l'appalto ad una determinata impresa piuttosto che ad un'altra, danneggerebbe gli interessi del principale, se – per una qualche ragione – l'assegnazione si rivelasse infine vantaggiosa anche per quest'ultimo (o, quantomeno, presentasse un rapporto di qualità-prezzo in linea col mercato).

Una risposta si può trovare in una sentenza del TF del 2018, in cui la Corte ha stabilito che anche con una violazione dell'obbligo di restituzione ex art. 400 cpv. 1 CO, l'agente integra la fattispecie ex art. 158 cpv. 1 CP. Questo, in quanto l'agente – contrariamente a quanto prescritto dall'art. 400 cpv. 1 CO – trattiene per sé quanto ha ricevuto in forza del mandato. Ciò corrisponde ad un mancato aumento degli attivi, dunque ad un danno patrimoniale. Adirittura, il TF ha rilevato come già con la sola violazione del solo obbligo di rendiconto ex art. 400 cpv. 1 CO l'agente si rende passibile di condanna, in quanto una corretta informazione è conditio sine qua non perché il principale possa rivendicare la restituzione di ciò che gli spetta.<sup>52</sup>

In tal senso, anche qualora dovesse optare per un'offerta competitiva ed in linea con le condizioni del mercato, la fiduciaria immobiliare integrerebbe la fattispecie ex art. 158 cpv. 1 CP nel momento in cui omettesse di informare il proprietario dell'immobile o, rispettivamente, non gli restituisse la tangente ottenuta in forza del mandato.

51 DTF 129 IV 124, consid. 4.1.

52 DTF 144 IV 294, consid. 3.2 segg.

## V. Riflessioni conclusive

22 Riassumendo, con il seguente articolo si è tentato di mettere in luce la contraddittorietà della normativa contro la corruzione fra privati. Si è mostrato come la corruzione fra privati, presente certamente anche in altri settori, sia particolarmente diffusa nell'ambito immobiliare. Si è inoltre mostrato come le pratiche dei *Kick-Backs* diffuse in ambito immobiliare siano adeguate, in principio, a costituire un atto di corruzione fra privati; tuttavia, si è messo in luce anche come la clausola che esclude il perseguimento *ex officio* per i casi poco gravi possa portare all'impunità – ai sensi degli art. 322<sup>octies</sup> segg. CP – nel caso in cui il proprietario immobiliare non sporga denuncia. Ad opinione degli autori, resta ad oggi poco chiara la ragione per cui si sia deciso di prevedere una simile eccezione. Al contempo si è mostrato come, quantomeno nell'esempio di cui si è trattato, il comportamento

della fiduciaria immobiliare e dell'azienda appaltatrice (in qualità di complice) sia punibile *ex officio* ai sensi dell'art. 158 CP.<sup>53</sup> Di conseguenza, non è neppure possibile parlare di un impiego parsimonioso delle risorse dell'autorità inquirente.<sup>54</sup> Ad opinione degli autori, è, da un lato, inevitabile constatare come le pratiche descritte, non di rado riscontrabili in ambito immobiliare, possano dare luogo ad una punibilità. Dall'altro, è saggio concludere che l'eccezione del caso poco grave costituisce un impedimento che rischia, in molti casi, di rendere superflua la normativa.<sup>55</sup>

53 Cfr. DTF 129 IV 124, consid. 4.1, in cui il TF stabilisce chiaramente la punibilità per complicità in amministrazione infedele ex art. 158 CP di colui che corrisponde la tangente.

54 Messaggio, Disposizioni sulla corruzione, 2014 (nota 34), pag. 3106.

55 BLATTNER, Der leichte Fall (nota 34), pag. 45.

### Résumé

*Sur la base d'un exemple, les auteurs traitent du phénomène de la corruption privée (art. 322<sup>octies</sup> ss CP) sur le marché de l'immobilier. Ils soulignent en particulier les problèmes liés à l'art. 322<sup>octies</sup> al. 2 et art. 322<sup>novies</sup> al. 2 CP, selon lesquels l'infraction n'est poursuivie que sur plainte dans les cas de peu de gravité. Cette distinction, unique en droit pénal suisse, peut conduire à des situations où la corruption privée est certes punie par les dispositions relatives aux infractions contre le patrimoine, mais pas par les art. 322<sup>octies</sup> ss CP pourtant prévus à cet effet.*

### Abstract

*Auf Grundlage eines Beispiels erörtern die Autoren das Phänomen der Privatbestechung (Art. 322<sup>octies</sup> ff. StGB) im Immobiliensektor. Sie beleuchten insbesondere die Problematik, die daraus entsteht, dass das Delikt in einfachen Fällen nur auf Antrag verfolgt wird. Diese im schweizerischen Strafrecht einmalige Konstellation kann dazu führen, dass eine Bestechung zwischen Privatpersonen zwar nach den Bestimmungen des Vermögensstrafrechts strafbar ist, nicht aber nach den eigentlich dafür vorgesehenen korrupsionsstrafrechtlichen Art. 322<sup>octies</sup> ff. StGB.*