

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



TESI DI LAUREA

**La corruzione tra privati alla luce della riforma del 2017
Prospettive applicative e spunti comparatistici**

RELATORE

Prof.ssa Alessandra Rossi

CANDIDATO

Davide Costa

Anno Accademico 2017/2018

INDICE

Introduzione.....	4
1. Premessa	4
2. Obiettivo dell'elaborato	7
Capitolo I – Le fonti sovranazionali in tema di corruzione privata.....	9
1. Cenni introduttivi: la corruzione privata negli ordinamenti europei.	9
2. La Convenzione penale sulla corruzione.	15
2.1. I rapporti del GRECO.	22
3. La Convenzione ONU del 2003.....	22
4. La Decisione Quadro 2003/568/GAI.....	27
4.1. L'adeguamento del legislatore agli obblighi comunitari.	32
Capitolo II – Lo statuto penale della corruzione tra privati fino al 2017.....	37
1. Un <i>excursus</i> storico: il contributo dottrinale alla criminalizzazione della corruzione privata.	37
2. Dal progetto Mirone alla riforma del diritto penale societario del 2002: l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità.....	43
2.1. Le reazioni della dottrina.	46
3. I beni giuridici tutelati.....	49
3.1. Il rapporto tra interesse tutelato ed evento: il “nocumento” alla società.....	54
3.2. L'intervento della Cassazione sulla definizione di “nocumento”.....	56
3.3. Considerazioni sul modello “patrimonialistico”.....	61
4. I soggetti attivi.	63
4.1. Il contesto societario contemplato dalla norma.	66
4.2. L'art. 2639 C.c.: l'estensione soggettiva della responsabilità.	67
4.3. Cenni sulla corruzione dei revisori contabili.	69
5. Il fatto tipico.....	73
5.1. La violazione dei doveri inerenti all'ufficio.	75
6. Il regime di procedibilità.....	77
7. L'elemento soggettivo	80
8. La riforma della l. 190/2012: la corruzione tra privati.	80
8.1. L'allargamento della platea dei soggetti attivi.....	83
8.2. Gli obblighi di fedeltà: verso un modello di tutela “lealistico”?	86
8.3. La procedibilità d'ufficio in caso di distorsione della concorrenza.	91
8.3.1. La concorrenza tra legislazione antitrust e disciplina penalistica.	92
8.3.2. La “distorsione della concorrenza” ai sensi dell'art. 2635 C.c.	96
8.4. Modifiche minori.	101
8.5. La corruzione tra privati e la responsabilità delle persone giuridiche. .	104
8.5.1. I modelli di <i>compliance</i> aziendali di contrasto alla corruzione	107
8.5.2. La corruzione privata nei gruppi di società.	112
Capitolo III – Il d.lgs. 38/2017. La nuova corruzione tra privati.....	116
1. Considerazioni generali: le novità introdotte dal d.lgs. 38/2017.	116
2. L'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie.....	118

3. I soggetti attivi: la realizzazione del fatto per interposta persona.....	121
3.1. I soggetti attivi: l'allargamento del novero dei corruttibili.....	122
4. La nuova struttura della condotta: la sollecitazione e l'offerta.....	124
5. La soppressione del nocumento: come cambia il regime del bene tutelato e della procedibilità a querela.....	126
5.1 La distorsione della concorrenza dopo il d.lgs. 38/2017.	129
6. Elemento soggettivo e consumazione.....	131
7. L'apparato sanzionatorio e la pena accessoria ex art. 2635ter C.c.....	132
7.1. L'attenuante di cui all'art. 2640 C.c.	134
7.2. La confisca. Cenni.	136
8. L'istigazione alla corruzione tra privati.....	139
9. La responsabilità dell'ente: le modifiche al d.lgs. 231/2001.	143
Capitolo IV – Profili di diritto comparato: la corruzione nei rapporti commerciali nel diritto penale tedesco.....	146
1. Cenni introduttivi.....	146
2. Sviluppi storici.....	147
3. Gli interessi tutelati: la concorrenza.	149
3.1. La svolta verso il modello “lealístico”: il “ <i>Geschäftsherrenmodell</i> ”.	151
4. I soggetti del reato. Premessa.	155
4.1. Il dipendente (<i>Angestellte</i>).	157
4.2. L'incaricato (<i>Beauftragte</i>).	158
4.3. Il concetto di <i>Unternehmen</i>	160
4.4. Il corruttore.	162
5. Il fatto tipico.....	163
5.1. La corruzione passiva ai sensi dell' <i>Abs. 1 n. 1 del §299 StGB</i>	164
5.1.1. Il “favorismo” nel contesto concorrenziale.....	167
5.1.2. Il riferimento all'acquisto di beni e di prestazioni di servizi.	169
5.2. La corruzione passiva ai sensi dell' <i>Abs. 1 n. 2 del §299 StGB</i>	170
5.3. La corruzione attiva.	173
6. Il dolo.....	174
7. Il trattamento sanzionatorio delle persone fisiche e giuridiche.	176
7.1. Aggravanti speciali.	178
8. Il regime di procedibilità.....	179
Appendice al Capitolo IV.	181
Conclusioni	184
Bibliografia.....	186

INTRODUZIONE

- 1. Premessa. - 2. Obiettivo dell'elaborato.

1. Premessa

Nell'immaginario collettivo il termine "corruzione" manifesta ancora oggi un'accezione prettamente pubblicistica, evocando quel tristemente diffuso fenomeno di compravendita della funzione pubblica che non si limita a pregiudicare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma costituisce forse il maggior ostacolo allo sviluppo economico e sociale del Paese. È del resto indubitabile quanto nel corso degli anni, e degli scandali¹, la capillarità della corruzione abbia contribuito da un lato a pregiudicare il senso di fiducia dei cittadini nel corretto funzionamento dell'apparato amministrativo e dall'altro ad ostacolare la diffusione di una maggiore "etica degli affari" in seno alla classe imprenditoriale.

Benché i costi effettivi della corruzione nel nostro Paese non siano realmente quantificabili, il carattere sistemico dei fatti corruttivi emerge dai dati forniti da *Transparency International*², che nel 2017 collocavano l'Italia al 54° posto su 180 nella classifica dei Paesi col più basso indice di percezione della corruzione, posizione comunque più incoraggiante rispetto al 72° posto del 2012 (seppur ancora ben al di sotto della media dei più virtuosi paesi europei), anno del deciso intervento in materia da parte della Legge 190, manifestazione della volontà del legislatore di dare seriamente attuazione alla Convenzione OCSE di Parigi del 1997.

A partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, accanto alla "tradizionale" corruzione pubblica ha iniziato ad imporsi all'attenzione delle istituzioni sovranazionali e del legislatore italiano il tema della corruzione tra privati, fenomeno tuttavia già da tempo noto ad altri ordinamenti europei ed ai maggiori studiosi del diritto penale dell'economia, consapevoli dei profili di pericolosità di questa tipologia di accordo illecito tra soggetti privati e della complessità nel delineare in

¹ Tra gli scandali corruttivi che maggiormente hanno interessato la storia giudiziaria italiana possono ricordarsi quelli riferiti alla Banca Romana, al Lodo Mondadori, a Tangentopoli, al crac Parmalat fino ad arrivare ai più recenti MOSE e Mafia Capitale.

² Organizzazione non governativa che dal 1995 elabora il *Corruption perception index*, una graduatoria mondiale sulla base dell'indice di percezione della corruzione pubblica nei singoli Paesi, attribuendo loro un punteggio che va dallo 0 (percezione nulla) a 100 (percezione massima). L'indice aggiornato al 2017 è disponibile al sito: www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017.

una prospettiva puramente penalistica i contorni della corruzione nell'attività d'impresa.

A differenza della corruzione pubblica, posta a tutela, ancorché non esclusiva, del ben definito interesse al buon andamento dell'apparato amministrativo, la corruzione privata, proprio per il suo manifestarsi all'interno di un *humus* criminogeno quale quello delle relazioni economiche presenta infatti una natura più subdola è sfumata, ma non per questo priva di contenuti offensivi verso una vasta gamma di interessi minacciati dal mercimonio della posizione di potere.

Il labile confine tra strategie commerciali scorrette o amorali ma lecite e nei contesti imprenditoriali (si pensi ai patti parasociali, espressamente riconosciuti dall'articolo 2341bis C.c.) e condotte penalmente rilevanti nonché la tendenza degli enti commerciali a prediligere rimedi "interni" per i casi di corruzione aziendale rendono tuttavia problematica l'emersione di fatti di corruzione privata invero ampiamente diffusi nel mondo degli affari.

Ai fini di questa introduzione giova richiamare lo studio del criminologo statunitense Edwin Sutherland, la cui opera qui citata costituisce un attuale caposaldo dello studio della criminalità dei colletti bianchi, in merito alla diffusione sistematica della corruzione tra privati operatori economici fin dagli albori della moderna impresa commerciale ed alla sua natura "sommersa" ma foriera di incontrollabili ricadute dannose sull'intera collettività.

Sottolinea l'autore come già nel mondo imprenditoriale americano dei primi del Novecento pratiche quali la stipulazione di accordi restrittivi della concorrenza (*gentlemen's agreements*) al fine di impedire l'ingresso sul mercato di nuove imprese e regolare i prezzi in maniera autoritaria e la corruzione dei rappresentanti dei lavoratori al fine di annientare i movimenti sindacali costituissero non solo fenomeni ordinari nonché socialmente accettati nel contesto delle relazioni economiche tra le maggiori società dell'epoca, ma anche condotte prese a modello ed imitate dagli altri imprenditori al fine di guadagnarsi posizioni di controllo sul mercato.³ A tal proposito è significativa la citazione riportata dall'autore secondo cui "nella sottile

³ Per tutti SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi*, Giuffrè, Milano, 1987.

Tra i casi riportati dall'autore, può citarsi quello della *American Can Company* in riferimento alle restrizioni della concorrenza (93 ss.) e quello della *Motion Pictures Producers' Association* in merito alla corruzione dei rappresentanti sindacali (188 ss.)

arte della corruzione, l'uomo politico non è che un dilettante se paragonato al suo omologo in campo commerciale".⁴

In tempi più recenti, le politiche di privatizzazione dei servizi pubblici e la costituzione di società pubbliche partecipate da capitali statali (cui si è affiancata la sempre maggiore difficoltà nel tracciare una chiara linea di confine tra funzioni privatistiche e pubblicistiche)⁵, la costante globalizzazione del mercato, la recente crisi economica e una più generale e graduale diminuzione del senso etico nel capitalismo moderno⁶ hanno rappresentato un terreno sempre più fertile per il proliferare di manifestazioni corruttive tra soggetti privati mediante il ricorso a "fondi neri" fuori bilancio.

Si inserisce in questi contesti lo sviluppo di quella che è in dottrina è stata definita "impresa criminale", ossia la struttura plasmata dalla commistione tra illegalità economica e criminalità organizzata e predisposta per un fine formalmente lecito perseguito mediante il compimento di reati tipici del *corporate crime*. Simili aree di sovrapposizione tra attività commerciale e criminale, oltre ad inquinare l'economia costituisce un *humus* ideale per l'insorgere di scambi di favori tra imprese che operano nel campo economico e criminalità organizzata, "stringendosi e rafforzandosi in un particolare *pactum sceleris* per entrambe le categorie vantaggioso".⁷

A prescindere da eventuali influssi del crimine organizzato nella corruzione d'impresa, le difficoltà nell'arginare tali accordi illeciti non sempre riconducibili agli schemi classici della corruzione amministrativa e che, come la maggior parte degli

⁴ *Ibidem*, 10.

⁵ Cfr. FLICK G.M., *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?* in *Federalismi.it*, 21/2010, 7 ss.

⁶ Riguardo alla progressiva scomparsa di etica nel mondo imprenditoriale moderno significative sono le parole di ROSSI A., *Il corporate crime: analisi dei tratti qualificanti e strategie di contratto*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, 1219, secondo cui i soggetti attivi del *corporate crime* sono spesso figure isolate all'interno di una scala di valori loro propria e diversa da quella operante nella mentalità degli altri privati: in un simile contesto, il successo negli affari diviene lo scopo primario che legittima la realizzazione di ogni condotta utile al conseguimento del massimo profitto, di modo che i comportamenti criminosi diretti a tal fine risultano percepiti con benevolenza quali manifestazioni dell'intraprendenza necessaria all'affermazione personale, costituendo dunque il modello ideale per il raggiungimento dell'immagine di "uomo d'affari".

⁷ La citazione è di *Ibidem*, 1220. L'autrice evidenzia come la commistione tra criminalità economica e criminali organizzati tradizionali (ai quali la prima spesso offre quasi una consulenza tecnica nell'ottica della massima specializzazione economico-criminale) si manifesti nella privazione di risorse dell'economia legale, nell'abbassamento delle prospettive di sviluppo, nella creazione di monopoli che annullano la concorrenza e nell'esercizio del potere imprenditoriale con modalità intimidatorie, estorsive e violente.

altri *white collars crimes* manifestano i loro effetti anche a distanza di anni dal comportamento illecito, unite alla debolezza degli strumenti di prevenzione adottati dal mondo aziendale hanno così indotto le forze politiche nazionali e sovranazionali a considerare misure di contrasto di natura civilistica e penalistica a questi illeciti la cui portata offensiva non minaccia solo il patrimonio di una o più determinate società coinvolte nel *pactum sceleris*, ma esplica il proprio disvalore anche verso beni di natura istituzionale e collettiva. Tra di essi, figurano certamente la tutela dei consumatori, l'interesse al risparmio (che trova espresso richiamo nell'art. 47 della Costituzione), la stabilità dei rapporti di lavoro, fino ad arrivare alla libera concorrenza intesa quale presupposto per lo sviluppo economico e per il buon funzionamento di un mercato nel quale ogni soggetto privato, in forza dell'art. 41 della Costituzione, è libero di accedere senza ostacoli rappresentati da accordi tra poche *elitès* dominanti che pregiudicano coloro che da simili patti sono esclusi.

2. Obiettivo dell'elaborato

La presa d'atto della pericolosità della corruzione privata per l'economia delle nazioni e della necessità di contrastarla anche penalmente da parte delle istituzioni sovranazionali e comunitarie ha comportato, a partire dall'inizio degli anni Duemila, diversi interventi del legislatore italiano nell'ottica di delineare, e successivamente riformare, lo statuto penalistico della corruzione privata e della responsabilità delle persone giuridiche derivante da tale reato.

La presente dissertazione mira pertanto a fornire in primo luogo un'analisi delle politiche di prevenzione e contrasto del fenomeno della corruzione nelle relazioni commerciali partendo proprio dal riferimento alle fonti di diritto internazionale ed europeo per poi concentrarsi sul percorso intrapreso, e non ancora terminato, dal legislatore nazionale per armonizzare l'ordinamento alle sollecitazioni sovranazionali, focalizzando *in primis* l'attenzione sul d.lgs. 61/2002, il quale ha introdotto, all'articolo 2635 C.c., la prima fattispecie di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", rubrica in seguito mutata in "corruzione tra privati" nel contesto della più ampia riforma della disciplina sulla corruzione introdotta dalla legge 190 del 2012.

Il lavoro proseguirà fino ad arrivare al più recente e significativo intervento legislativo operato dal d.lgs. 38 del 2017, il quale tuttavia non consente ancora di

chiarire le reali prospettive di applicabilità della norma né la concreta efficacia del reato ai fini della prevenzione e repressione degli accordi corruttivi tra soggetti privati, considerata tra l'altro la riforma, ancora in cantiere, portata avanti dal nuovo d.d.l. anticorruzione, che verosimilmente interverrà anche sulla fattispecie in esame.

L'ultimo capitolo della trattazione sarà dedicato, nei limiti dello spazio consentito, ad una disamina della fattispecie di corruzione privata di cui al §299 del codice penale tedesco, recentemente riformata, affiancandovi alcuni spunti in merito alla responsabilità delle persone giuridiche nella tradizione legislativa germanica.

Oggetto di particolare attenzione, oltre ai profili extra-penali riguardanti le conseguenze della corruzione nell'attività d'impresa, saranno le diverse impostazioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema e le difficoltà applicative incontrate dall'articolo 2635 C.c. fin dalla sua introduzione, accentuate dalla difficoltà nell'individuare uno specifico interesse tutelato, da elementi normativi quali la richiesta di un documento alla società, la procedibilità a querela della persona offesa e dalla lacunosa disciplina concernente la responsabilità degli enti.

CAPITOLO I

LE FONTI SOVRANAZIONALI IN TEMA DI CORRUZIONE PRIVATA

- 1. Cenni introduttivi: la corruzione privata negli ordinamenti europei. - 2. La Convenzione penale sulla corruzione. - 3. La Convenzione ONU del 2003. - 3.1. I rapporti del GRECO. - 4. La Decisione Quadro 2003/568/GAI. - 4.1. L'adeguamento del legislatore agli obblighi comunitari.

1. Cenni introduttivi: la corruzione privata negli ordinamenti europei.

Un'analisi della travagliata ed altalenante esistenza dell'art. 2635 C.c. non può prescindere da uno sguardo preliminare alle sollecitazioni sovranazionali, foriere di obblighi di incriminazione della corruzione nel settore privato, i quali possono ritenersi adempiuti, seppure non ancora in maniera definitiva, solo nel 2017, ossia quasi vent'anni dopo l'emanazione dell'Azione Comune 98/742 GAI⁸, il primo documento comunitario in materia di corruzione tra privati.

Il fatto che le spinte comunitarie volte all'adozione all'interno dei singoli Stati di misure volte a reprimere penalmente la corruzione privata siano divenute sempre più incalzanti solo negli ultimi anni non deve comunque far pensare ad un totale lassismo da parte degli ordinamenti europei dinanzi alla proliferazione di accordi illeciti all'interno delle realtà imprenditoriali, ritenuti potenzialmente lesivi non solo di beni giuridici di natura lealistica e patrimoniale, ma anche di interessi di rilevanza prettamente pubblicistica quali la libera concorrenza, la tutela degli operatori economici e la stessa economia nazionale.

Per quanto diverse siano state le preoccupazioni di politica legislativa dietro la criminalizzazione della corruzione tra privati nei singoli paesi, una figura delittuosa della fattispecie può essere infatti rinvenuta nella tradizione di alcuni sistemi giuridici europei dagli albori del secolo scorso.

In Gran Bretagna la corruzione nel settore commerciale divenne oggetto della specifica attenzione del legislatore penale fin dal 1906, anno di emanazione del "*Prevention of Corruption Act*", il quale si andò a sovrapporre a precedenti norme di *common law*. Tale disposizione contemplava forme di corruzione antecedente e susseguente il cui disvalore si esplicava nel venir meno del rapporto di fedeltà tra

⁸Azione comune 98/733/GAI, adottata dal Consiglio dell'UE il 21 Dicembre 1998 sulla base dell'articolo K.3 TFUE.

agent e datore di lavoro⁹. Essa è stata sostituita, in adempimento degli impegni assunti in sede sovranazionale, dal “*Bribery Act*”¹⁰ del 2010, il quale alle sezioni 1 e 2 fornisce una disciplina unitaria per la corruzione pubblica e privata ed estende la responsabilità alle persone giuridiche per i delitti commessi a loro vantaggio da soggetti che operano *for or on behalf*, qualora le stesse non si siano munite di modelli organizzativi interni idonei a prevenire gli accordi corruttivi.

La fattispecie, prevista dall’art. 1, viene integrata dal semplice accordo corruttivo avente ad oggetto la dazione o la promessa di vantaggi di qualsiasi genere per lo svolgimento improprio (*improper performance*) di un’attività pubblica o di altra attività rilevante (dovendosi intendere *relevant* qualsiasi attività economica del settore privato).¹¹

Anche l’ordinamento francese conosce da lungo tempo una fattispecie di corruzione nel settore privato. È del 1919 infatti l’articolo 177 del vecchio Codice penale francese, sostituito nel 1994 dall’articolo 152-6 del codice del lavoro (*Code du travail*), ed infine abrogato nel 2005. Oggetto della tutela penale era il rapporto di fiducia tra il dipendente corrotto e il suo *patron* o *employeur*, la cui autorizzazione all’azione od omissione del subordinato escludeva il reato.¹² Unici soggetti attivi del delitto erano pertanto i dipendenti di un’impresa.

L’adesione ad un modello giuslavoristico è stata comunque mantenuta da parte dagli attuali artt. 445-1 e 445-2 del *Code Pénal*¹³, che ad oggi disciplinano rispettivamente

⁹ Cfr. SULLIVAN R., *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003, 157 ss.

¹⁰ Il *Bribery Act*, sottoposto all’attenzione del Parlamento dal *Queen Speech* dell’8 aprile 2010, è entrato in vigore l’1 luglio 2011.

¹¹ L’art. 3 del *Bribery Act* chiarisce come debbano intendersi rilevanti le attività commerciali ed economiche, le attività esercitate nel corso di un rapporto di impiego e le attività svolte per conto e in nome di persone fisiche o giuridiche.

¹² DE LEYSSAC M., *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op. cit.*, 101 ss

¹³ Si riportano gli artt. 445-1 e 445-2 del *Code Pénal*.

445-1: “*Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.*”

la corruzione attiva e passiva di persone non esercitanti la funzione pubblica. Le due norme configurano un'ipotesi di corruzione antecedente realizzabile nel più ampio ambito di qualsiasi attività professionale o sociale, ponendo ad oggetto del *pactum sceleris* la violazione degli obblighi legali, contrattuali e professionali, dietro la sollecitazione o l'accettazione di un qualsiasi vantaggio per sé o per altri, da parte di chi esercita una funzione direttiva o lavorativa per una persona fisica o giuridica, senza alcuna necessità di danno.

Risale invece al 1967 la legge sulla corruzione privata nei Paesi Bassi, che ha introdotto l'articolo 328ter al Codice penale. Sulla falsa riga di Francia e Gran Bretagna, anche l'ordinamento olandese rivolge la tutela, in maniera oltremodo eccessiva¹⁴, alla stabilità dei rapporti di lavoro, e non alla libera concorrenza. Particolarità della disposizione in esame è l'estensione della punibilità anche alla corruzione privata susseguente.¹⁵

Anche se più recenti, le fattispecie previste dall'ordinamento austriaco e tedesco si presentano maggiormente efficaci per il contrasto alla corruzione privata, orientando la tutela penale verso il bene della concorrenza e della correttezza nelle relazioni commerciali private: entrambe infatti interpretano la corruzione privata non tanto quale atto dannoso per la società, ma si limitano a trasferire un fatto di corruzione pubblica "tradizionale" sul piano dei rapporti economici.

Il paragrafo 309 dello *Strafgesetzbuch* austriaco, in vigore dal 2013, contempla infatti una fattispecie di mera condotta che sanziona con una pena detentiva il dipendente o l'amministratore di un'impresa che, nell'ambito di una relazione commerciale (*im*

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles".

445-2: "*Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles*".

¹⁴ L'art. 328ter individua infatti quale oggetto dell'accordo anche la generica violazione delle regole di buona fede del dipendente nei confronti del datore di lavoro.

¹⁵ TAK P., *Il reato di corruzione privata in Olanda*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op. cit.*, 143 ss.

geschäftlichen Verkehr) chiede, accetta o si fa promettere un qualunque vantaggio per sé o per altri dietro al compimento di un atto contrario al diritto o all'omissione di un atto del suo ufficio; la controparte dell'accordo, intesa come concorrente necessario, è sanzionata con la medesima pena detentiva per l'offerta, la promessa o la dazione del vantaggio.¹⁶

Alla corruzione nei rapporti commerciali prevista dal codice penale tedesco sarà dedicata un'analisi più approfondita nel corso dell'elaborato. Per quel che rileva in questa sede, è sufficiente sottolineare come la corruzione in tale ambito sia stata concepita come fattispecie delittuosa già dal paragrafo 12 della legge sulla concorrenza sleale ("*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*") del 1909. Ed è proprio la tutela in chiave micro e macro-economica della concorrenza il fine prioritario perseguito dal legislatore tedesco.

La norma è stata trasferita nel codice penale al paragrafo 299 dalla legge sul contrasto alla corruzione ("*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*") del 1997, paragrafo riformato nel Novembre 2015 da un'omonima legge, la quale ha introdotto un modello di tutela anche "lealistica" nella fattispecie.

Se da un lato si possono dunque apprezzare tentativi già datati da parte dei legislatori europei volti alla repressione delle condotte di corruzione tra privati, dall'altro emerge tuttavia il dato comune di una quasi totale ineffettività dell'intervento penale nella prassi, in parte per la sovente imprecisione dei dati normativi, in parte per una diffusa reticenza delle imprese a ricorrere presso l'autorità giudiziaria.

Ed è proprio una tale inefficienza della risposta sanzionatoria a richiamare alla memoria le perplessità dottrinali in merito alla reale utilità di uno statuto penale della corruzione privata, inteso come la manifestazione di un "diritto penale simbolico"¹⁷,

¹⁶ Si riporta il §309 dello StGB: "*Ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens, der im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.*

Ebenso ist zu bestrafen, wer einem Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung für ihn oder einen Dritten einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt.

Wer die Tat in Bezug auf einen 3 000 Euro übersteigenden Vorteil begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, übersteigt der Vorteil jedoch 50 000 Euro mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen".

¹⁷ La citazione è di MAZZACUVA N., *Gli artt. 2634 e 2635 c.c.; diritto penale 'simbolico' o necessaria 'frammentarietà' dell'intervento punitivo*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op cit.*, 349 ss. Ha espresso la propria perplessità circa l'intervento punitivo dell'art. 2635 anche SPENA A., *Punire la corruzione*

caratterizzato da un'ostinata e rarefatta "ipercriminalizzazione" degli accordi illeciti non ricomprendenti parti pubbliche, ma sostanzialmente inidoneo a contrastare gli stessi.

Il quadro desolante dell'impatto degli ordinamenti penali europei di inizio XIX secolo sulla corruzione privata emerse da uno studio pubblicato nel 2003 dal *Max Planck Institut of Foreign and International Criminal Law* di Friburgo¹⁸.

Dal punto di vista italiano, il numero di interventi giurisprudenziali in tema di art. 2635 C.c., anche dopo il 2003, conferma l'attendibilità "ad oltranza" dei risultati forniti dallo studio tedesco.¹⁹

Paradossalmente, all'immobilismo delle politiche criminali nazionali si contrappose un attivo movimento internazionale contro la corruzione privata fin dagli anni '90. L'obiettivo sembra essere quello di diffondere nei vari Paesi l'idea che la corruzione privata costituisca una reale criticità politico-criminale, al fine di intraprendere un percorso di armonizzazione e coerenza normativa tra gli ordinamenti nazionali ed evitare che, nel contesto economico e commerciale, gli sforzi compiuti da un Paese siano vanificati da un maggiore lassismo imputabile ad un altro.²⁰

Il fervente sviluppo dell'insieme di sollecitazioni ed obblighi sovranazionali e comunitari sembra trovare la sua causa in tre fattori fondamentali.

In primo luogo va segnalata la presa di consapevolezza, sia delle istituzioni che dell'opinione pubblica, della diffusione di pratiche corruttive all'interno delle società commerciali e dei pericoli che da esse derivano.

Pericoli che dagli organismi internazionali, come si vedrà, vengono interpretati nel senso di una minaccia sia nei confronti di interessi di natura fiduciaria e micro-economica, quali la stabilità dei rapporti interni alle imprese e la tutela dei consumatori, sia verso beni giuridici di rilevanza istituzionale, tra i quali, anche se con qualche carenza sul piano della determinatezza, vengono contemplati anche

privata? Un inventario di perplessità politico criminali, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 4-2007, 805 ss.; MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, 5 ss.

¹⁸ I risultati dello studio sono pubblicati su HEINE G., HUBER B., ROSE T., *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg in B., 2003.

¹⁹ La giurisprudenza è infatti decisamente scarna. Nel 2013 il numero delle sentenze della Suprema Corte, per altro tutte relative al medesimo fatto, ammontava a tre. Vd. Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, nn. 5848, 14765 e 14766.

²⁰ SPENA A., *Punire la corruzione privata?*, 806.

l'interesse collettivo ad una concorrenza libera e leale e lo sviluppo economico nazionale.

Il secondo *leitmotiv* che ha guidato le istituzioni interstatali nell'adottare strategie di contrasto alla corruzione è indubbiamente il processo di privatizzazione di massa intrapreso nell'ultimo ventennio. Lo spostamento, parziale e totale, nelle mani di soggetti privati, della gestione di attività economiche attraverso le quali lo Stato esercitava determinate funzioni ha infatti determinato una progressiva rarefazione dell'impiegato di pubblico servizio, figura tradizionalmente qualificata quale *intraneus* nelle fattispecie di corruzione concernenti gli enti pubblici economici.

La sottostima della contaminazione corruttiva nel settore privato determinerebbe così una progressiva deresponsabilizzazione di soggetti ai quali, al netto delle interpretazioni giurisprudenziali²¹, iniziano a stare sempre più strette le vesti ricamate loro dall'art. 358 del Codice penale, dal paragrafo 11 Abs. 1 n.4 dello *Strafgesetzbuch (für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter)* o dell'ancora più sfumato art. 432-11 del *Code Pénal (personne exerçant une fonction publique)*.

Il problema si è posto in particolar modo rispetto alla privatizzazione delle attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, che ha messo in crisi la struttura della banca – ente pubblico. Le criticità nel configurare la qualifica di cui all'art. 358 C.p. in capo al dipendente di banca sono state solo parzialmente risolte da un intervento delle Sezioni Unite²², che sulla scorta del D.P.R. n.350/1985 avevano prima escluso e poi parzialmente riaffermato l'applicabilità agli operatori bancari dei reati contro la Pubblica Amministrazione. Ad oggi la discussione si può dire tutt'altro fuorché risolta, nonostante gli ultimi interventi legislativi volti a gestire le crisi bancarie e ad integrare i poteri di controllo della Banca d'Italia facciano dubitare della validità dell'affermazione secondo cui l'attività d'impresa bancaria sia di tipo privatistico in quanto esercitata in regime concorrenziale.²³

Terzo ed ultimo fattore la cui individuazione interessa ai fini dell'analisi in corso è la globalizzazione dell'economia mondiale e la crescita delle operazioni commerciali

²¹ La nota fa riferimento a Cass. Pen. Sez. VI, 6 Marzo 2017, n. 10875, sulla qualifica di impiegato di pubblico servizio del dipendente di Poste Italiane che svolge attività privatistica di tipo bancario.

²² La nota fa riferimento a Cass. Pen. SS.UU., 16 Luglio 1987, n. 8342.

²³ Cfr. PELLICANO R., *Reati societari*, in AA.VV. *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, 236 ss.; VINCIGUERRA G., *Corruzione societaria e corruzione del pubblico funzionario: più divergenze che affinità*, in ROSSI A. (a cura di), *Reati societari*, UTET, Torino, 2005, 447 ss.

coinvolgenti più Paesi, identificati come possibili terreni fertili per il proliferare di accordi corruttivi transfrontalieri e dunque come problematiche transnazionali²⁴

Se rispetto alla corruzione pubblica transnazionale sono stati compiuti apprezzabili passi avanti con l'introduzione dell'art. 322*bis* del Codice penale, che ha dato concreta applicazione alla Convenzione OCSE del 1997²⁵ con l'espressa previsione della corruzione dei pubblici funzionari stranieri, ad oggi nel nostro Paese non esiste, né forse è auspicabile, una disposizione che punisca espressamente gli scambi illeciti di denaro e utilità tra privati non identificabili come impiegati di un pubblico servizio nell'alveo di operazioni economiche transfrontaliere.

Un'esplicita previsione in tal senso è invece presente nella sezione 3 del già citato *Bribery Act* britannico, che estende la responsabilità penale anche nei confronti di coloro che esercitano una qualsivoglia attività economica, anche se priva di una connessione con il Regno Unito, e che ricevono o accettano la promessa di finanziamenti o altre utilità per eseguire o aver eseguito una prestazione in modo contrario ai propri doveri (*improperly*).

Nelle pagine seguenti l'attenzione verrà focalizzata sui principali "pilastri" di sorgente sovranazionale e comunitaria, la cui lettura consentirà di comprendere meglio il tormentato iter normativo che ha caratterizzato l'art. 2635 c.c. dalla sua introduzione ad oggi.

2. La Convenzione penale sulla corruzione.

Adottata il 27 Gennaio del 1999, la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa costituisce il principale strumento di lotta alla corruzione elaborato fino ad oggi all'interno degli uffici di Strasburgo, e secondo alcuni la più decisa e cogente tra le convenzioni sovranazionali in questo settore, in quanto "detta vere e proprie norme, paragonabili a leggi delega del nostro parlamento, di quelle che se non fossimo in campo penale chiameremmo *self executing*"²⁶. L'atto è entrato in

²⁴ In questo senso si riporta il Considerando n. 1 della Decisione Quadro 2003/568/GAI dell'Unione Europea: "Insieme alla globalizzazione si è assistito negli ultimi anni ad un aumento degli scambi transfrontalieri di merci e servizi. Di conseguenza, i casi di corruzione nel settore privato all'interno di uno Stato membro non sono più soltanto un problema nazionale, ma anche un problema transnazionale, affrontato in maniera più efficace mediante un'azione comune a livello dell'Unione europea".

²⁵ Convenzione per la lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionale, ratificata dall'Italia con la l.300/2000 e successive modifiche.

²⁶ La citazione è di PELLICANO R., *op. cit.*, 229.

vigore dopo la quattordicesima ratifica il 1° luglio del 2002, qualche mese dopo l'introduzione del delitto di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità ad opera del d. lgs. 61/2002, in attuazione delle indicazioni emerse dai lavori della c.d. Commissione Mirone²⁷.

La Convenzione è stata ratificata dall'Italia solo nel 2012, con la legge n. 110 del 28 giugno del medesimo anno, cui è seguito il testo del disegno di legge S.2156B²⁸, il cui articolo 20 ha introdotto un'ipotesi di corruzione tra privati mediante la modifica dell'art. 2635 C.c. prevedendo la stessa anche come reato presupposto per la responsabilità degli enti. Il testo del Senato confluì nel successivo disegno di legge C.4434B della Camera dei Deputati, il quale venne infine approvato con la legge 190/2012.

Gli obiettivi politico-criminali dei redattori della Convenzione emergono già nel preambolo del documento. Esso fornisce infatti un elenco di beni giuridici meritevoli di tutela rispetto a tutte le forme di corruzione, i quali spaziano dallo stato di diritto (*rule of law*) fino ai fondamenti morali della collettività (*moral foundations of society*)²⁹.

Rispetto alla corruzione privata in senso stretto, gli interessi alla cui tutela mira il documento convenzionale vanno pertanto ricercati all'interno del paragrafo 52 dell'*Explanatory report* della Convenzione. Si tratta infatti di beni giuridici di natura squisitamente economica e, in un certo senso, privatistica; tra di essi vanno individuati in particolare la leale concorrenza (*fair competition*) e lo sviluppo delle relazioni economiche e sociali (*social and economic relations*)³⁰. Il medesimo rapporto considera inoltre la lotta alla corruzione nel settore privato una condizione necessaria per un contrasto *tout court* alla corruzione pubblica, e prende atto dei rischi per la collettività che si celano dietro i processi di privatizzazione di rilevanti funzioni pubbliche e dei consequenziali trasferimenti di risorse finanziarie e di poteri regolatori.

²⁷ Si tratta della Commissione ministeriale, istituita nel 1998 e presieduta dal Prof. Antonino Mirone, da cui deriva l'omonimo progetto di elaborazione di una legge delega per riforma dei reati societari, divulgato nel 1999.

²⁸ Il testo è consultabile al sito www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/282197.pdf.

²⁹ Si riporta la parte del preambolo richiamata: "*Emphasising that corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic development and endangers the stability of democratic institutions and the moral foundations of society*".

³⁰ Cfr. Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, n. 52.

Al netto della fisiologica solennità che caratterizza ogni preambolo, risulta comunque chiaro come alla corruzione tra privati, a prescindere dal *nomen iuris* con cui venga qualificata, non possa essere attribuita una così ampia oggettività giuridica rispetto agli interessi meritevoli di tutela. Può essere richiamata in questa sede la perplessità emersa in seno ad autorevole dottrina³¹ rispetto alla ragionevolezza degli interessi tutelati così come individuati dagli organismi sovranazionali.

Risulta infatti oltremodo pretestuoso estendere il disvalore dell'indebito accordo tra il dipendente di una società ed un terzo non solo al prestigio della pubblica autorità o alla struttura democratica di un Paese (essendo arduo immaginare come un accordo illecito o eticamente immorale tra un addetto all'ufficio vendite ed un fornitore possa danneggiare le strutture costituzionali), ma anche ad interessi ancora troppo evanescenti quali la libera concorrenza in generale e le relazioni economiche, le quali raramente potrebbero subire un pregiudizio dal singolo *pactum sceleris*³².

Sul punto non mancano comunque osservazioni meno critiche, le quali interpretano l'ampiezza della cornice di interessi tutelati come funzionale all'operatività di strumenti preventivi e sanzionatori di carattere maggiormente privatistico come i contratti *ad hoc* stipulati tra più società o i codici disciplinari adottati al loro interno, rispetto ai quali la risposta penale costituirebbe solo elemento sussidiario³³.

Nella traduzione letterale dall'inglese ("*Each Party shall adopt*"), la Convenzione prevede un impegno da parte degli Stati contraenti ad adottare misure legislative e provvedimentali volte ad ostacolare la corruzione *tout court*, sia domestica che transnazionale, e di tutte le altre fattispecie criminose ad essa connesse, quali il traffico di influenze illecite e il riciclaggio.

Ai fini di questa analisi rilevano in particolare gli articoli 7 ed 8 della disposizione in esame, i quali disciplinano rispettivamente la corruzione privata attiva e passiva.³⁴

³¹ In particolare SEMINARA S., *Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? op. cit.*, 275 ss; SPENA A. *Punire la corruzione privata?*, 817.

³² Sul punto v. anche MOSCARINI P., *Lotta contro la corruzione*, in DELVECCHIO A., SEVERINO P., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Milano, 2014, 148.

³³ Per un'osservazione in merito cfr. DI MARTINO A., *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in MATTARELLA G., PELISSERO M., (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 377.

³⁴ Si riportano i testi integrali in lingua inglese degli artt. 7 e 8.

Article 7 – Active bribery in the private sector

"*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 promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any*

L'articolo 7 definisce la corruzione attiva nel settore privato come il fatto, commesso intenzionalmente, "nell'ambito di una società commerciale" di "promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a una qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora, affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei suoi doveri".

L'articolo 8 identifica invece la corruzione passiva nel settore privato in modo pressoché speculare rispetto alla corruzione attiva, contemplando tuttavia, tra le modalità della condotta, anche la sollecitazione (*request*), confermando quindi come nella mente dei redattori della Convenzione la corruzione privata si configurasse come fattispecie a struttura unilaterale.

Una simile impostazione, come si vedrà *infra*, è stata accolta alla riforma del d.lgs. 38/2017, la quale, introducendo la sollecitazione e l'offerta tra le modalità della condotta tipica, sembra aver dato alla luce due delitti autonomi a configurazione monosoggettiva³⁵.

Il già citato *Explanatory report* della Convenzione evidenzia tre principali differenze strutturali tra la fattispecie della corruzione pubblica e quella privata³⁶.

In primo luogo, l'ambito in cui viene posta in essere la condotta è quello di un'attività commerciale (*business activity*), da interpretarsi, ai sensi del paragrafo 53 del medesimo rapporto, come l'attività economica avente ad oggetto il commercio di beni o di servizi, con l'esclusione dei soli enti no-profit e delle ONG.³⁷

Il rapporto esplicativo include nella definizione di attività commerciale anche quelle aventi ad oggetto l'erogazione di un servizio pubblico (*services to the public*), come trasporti e telecomunicazioni. Una simile interpretazione consente di affermare come nell'ottica dei redattori della Convenzione la corruzione degli impiegati di una

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".

Article 8 – Passive bribery in the private sector

"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".

³⁵V. SEMINARA S., *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. Pen. Proc.*, a. XXIII, 6-2017, 712 ss.

³⁶ Cfr. DI MARTINO A. *op. cit.*, 376 ss.

³⁷ Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, n. 53.

società commerciale esercente un pubblico servizio, venga considerata, formalmente, una manifestazione genuina della corruzione tra privati, slegata dalle fattispecie di cui agli articoli 318 e 319 del nostro Codice penale.

La seconda differenza attiene ai soggetti del reato, i quali per ovvie ragioni mutano rispetto alla corruzione pubblica, sia sul versante attivo che passivo.

Sul versante della corruzione passiva, la Convenzione identifica quali soggetti corruttibili tutti coloro che dirigono o lavorano per enti privati. La nozione è da interpretarsi in senso ampio, così da far rientrare nell'alveo dei soggetti punibili non solo il datore di lavoro e il dipendente, bensì anche i dirigenti ad ogni livello e tutte i professionisti esterni che abbiano instaurato rapporti di collaborazione di qualsiasi tipo con l'ente, compresi gli avvocati, i *franchisees*, i consulenti e gli agenti commerciali, con la sola esclusione degli azionisti³⁸.

È di immediata comprensione come il nucleo dei soggetti passivi contemplati dalla Convenzione risulti enormemente esteso rispetto alle figure tipiche dell'art. 2635 C.c., il quale, come sarà meglio analizzato *infra*, dal 2012 contempla, oltre ai soggetti apicali, solo coloro che sono sottoposti alla direzione e vigilanza di questi ultimi. La richiesta del vincolo di subordinazione sembra escludere quindi i professionisti chiamati di volta in volta a svolgere prestazioni intellettuali per la società, ivi compresi l'avvocato (*lawyer*), i “*consultant*” e i “*commercial agent*” di cui sopra.³⁹

Non meno ampia è la nozione di enti privati (*entities*), nella quale rientrano espressamente tanto le società commerciali a partecipazione privata, totale o maggioritaria, quanto tutte quelle altre entità operanti nel settore privato purché esercenti un'attività economica, con la conseguente estensione della nozione anche alle società semplici, pacificamente escluse dallo spettro applicativo dei reati del diritto penale societario sia dalla riforma del 2002 sia da quella del 2012.

Viene così chiedersi se la definizione elaborata dai redattori della Convenzione abbia in qualche modo influenzato il legislatore italiano del 2017 nell'allargare il richiamo della rubrica del Titolo XI del Libro V del Codice civile agli “altri enti privati” e quanto questa espressione possa effettivamente ricomprendere, ai fini dell'estensione

³⁸ Cfr. *Ibidem*, n. 54.

³⁹ ROSSI A., *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e giuridiche*, in *Dir. Pen. Ec. Riv. Trim.*, a. XXVI, 1-2/2013, 299 ss.

della responsabilità penale, qualsiasi soggetto di natura privata, ancorché privo di personalità giuridica o addirittura soggetti collettivi di fatto.

La riforma del Titolo XI e le perplessità sorte a riguardo in ambito dottrinale⁴⁰ saranno oggetto di un'analisi più appropriata nelle pagine successive, alle quali per ragioni di coerenza e sistematicità è opportuno rinviare.

Per quanto concerne la responsabilità delle persone giuridiche, la norma di riferimento della Convenzione è l'articolo 18⁴¹, che prevede espressamente l'impegno degli Stati membri ad estendere la punibilità anche alle società che abbiano tratto vantaggio dalla condotta illecita di soggetti, sia corrotti che corruttori, titolari della facoltà di assumere decisioni per conto delle stesse e del potere di controllo.

Un parziale adeguamento della disciplina in tema di responsabilità degli enti ai richiami di Strasburgo va riconosciuto con l'introduzione, ad opera della l. 190/2012, della lettera *s-bis* all'articolo 25^{ter} del d.lgs. 231/2001, modificata successivamente dal d.lgs. 38/2017; essa tuttavia, come meglio sarà trattato *infra*, limita la responsabilità al solo ente di appartenenza del corruttore.

Il paragrafo 55 dell'*Explanatory report*⁴² sottolinea infine la terza principale differenza con la corruzione pubblica; se quest'ultima infatti non necessariamente richiede la violazione dei doveri connessi all'ufficio (*breach of duty*), il venir meno agli obblighi di fedeltà (*trust, confidence and loyalty*) dell'agente nei confronti del principale non può prescindere da condotte poste in essere, appunto, in violazione dei doveri contenuti nel contratto di lavoro o nel codice disciplinare della società.

Nulla quaestio sulla conformità con la disposizione convenzionale del dato letterale dell'art. 2635 C.c., che già in seguito alla riforma della l. 190/2012 prevede espressamente la violazione degli obblighi di fedeltà quale oggetto necessario dell'accordo criminoso, escludendo, opportunamente, la rilevanza penale di una corruzione tra privati "impropria" e speculare a quella configurata dall'articolo 318 del Codice penale per il settore pubblico.

⁴⁰ LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati: dal modello patrimonialistico a quello lealistico*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 dicembre 2016, 1 ss.; SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 712 ss.

⁴¹ Cfr. Criminal Law Convention on Corruption, art. 18.

⁴² Cfr. Explanatory Report of Criminal Law Convention on Corruption, n. 55.

Tra le utilità indebite (*undue advantages*) rientrano pacificamente sia quei vantaggi di natura economica, sia altri benefici immateriali che garantiscano al corrotto (*offender*) una condizione migliore rispetto a quella precedente all'illecito.

Il paragrafo 38 del rapporto esplicativo esclude dalle utilità indebite i vantaggi ammessi dalla legge o dai regolamenti amministrativi nonché i regali di scarso valore (cd. donativi d'uso)⁴³. Anche rispetto a questi elementi, non sembrano emergere particolari problemi di coordinamento con l'impostazione legislativa e dottrinale italiana.

Tra le sanzioni, oltre a quelle personali, l'art. 19 n. 3 contempla tra le misure pecuniarie anche la confisca per equivalente dei proventi del reato, che rispetto ai reati di cui al Titolo XI è stata introdotta dal d. lgs. 61/2002 all'art. 2640 del Codice civile.

La fattispecie delineata dai redattori della Convenzione si presenta come un reato di mera condotta. La natura degli interessi ritenuti meritevoli di tutela dai redattori della Convenzione, ferme restando le perplessità di cui *supra*, non può che giustificare la scelta di anticipare la punibilità già al semplice accordo corruttivo.

Rimane invece del tutto in secondo piano la tutela del patrimonio sociale, connessa al nocumento causato alla singola società nel cui alveo si manifesta il *pactum sceleris*, la quale fino al 2017 ha invece orientato il nostro legislatore nella tipizzazione delle fattispecie di corruzione privata quale reato ad evento.

Per le stesse ragioni non è ravvisabile all'interno del documento convenzionale accenno alcuno alla procedibilità a querela della persona offesa, fattore che ad oggi rappresenta forse il maggior ostacolo ad un'effettiva applicazione nella prassi delle disposizioni penali oggetto della discussione.

Non è quindi casuale che, come si vedrà nel paragrafo seguente, nell'alveo delle critiche rivolte alle inadempienze degli obblighi sovranazionali di incriminazione da parte del nostro legislatore, alcune tra le più ricorrenti ed incalzanti siano emerse proprio in seno al Consiglio d'Europa.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, n. 38.

2.1. I rapporti del GRECO.

Il GRECO⁴⁴, acronimo di *Groupe d'Etats contre la Corruption*, è l'organismo istituito dal 1999 all'interno del Consiglio d'Europa allo scopo di monitorare il livello di conformità delle legislazioni nazionali alle indicazioni convenzionali in tema di anticorruzione.

Il controllo si fonda su una prima fase in cui gli Stati sono sottoposti ad un Ciclo di Valutazione (*Evaluation round*), che si conclude con la formulazione di un rapporto relativo ai singoli Paesi e con le conseguenti raccomandazioni finalizzate a guidarli; ad esso segue un'ulteriore verifica delle misure adottate dagli Stati in conformità con tali raccomandazioni.

L'Italia ha aderito al GRECO nel 2007, dopo la conclusione del primo e del secondo ciclo di valutazione. Proprio in tale anno prese il via *Third Evaluation Round*⁴⁵, che è quello che maggiormente rileva in questa sede, trattandosi del ciclo concernente l'attuazione nel nostro ordinamento della Convenzione sulla Corruzione del Consiglio d'Europa.

Lo sguardo critico a cui è stata sottoposta l'inerzia del legislatore italiano nell'implementare la disciplina dell'articolo 2635 C.c. sulla base degli impegni presi al momento della ratifica della Convenzione da parte del nostro Paese si è manifestato in tre differenti rapporti.⁴⁶

La prima di queste relazioni venne approvata a seguito della 54° adunanza plenaria svoltasi tra il 20 e il 23 marzo 2012.⁴⁷

Dal paragrafo 110 del rapporto emergono ben sei censure rivolte all'Italia rispetto al difetto di conformità del delitto di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", come rubricato dall'art. 2635 C.c. prima della riforma del 2012, con gli articoli 7 ed 8 della Convenzione Penale sulla Corruzione del Consiglio d'Europa. La

⁴⁴ Per una ricostruzione sistemica del ruolo del GRECO cfr. MONTANARI M., *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1 Luglio 2012, 4 ss.

⁴⁵ Il terzo ciclo di valutazione è consultabile al sito: www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-3.

⁴⁶ Per la ricostruzione che segue v. anche BELLACOSA M., *La corruzione privata societaria*, in DELVECCHIO A., SEVERINO P., *op. cit.*, 39 ss.; MONTANARI M., *La normativa italiana*, 18 ss., *Ibidem*, *Dov'eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 Ottobre 2014, 3 ss.; SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 713 ss.; SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 C.C.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, a. LVI, 2-2013, 690 ss.

⁴⁷ GRECO RC – III (20-23 Marzo 2012). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 54° adunanza plenaria, par. 109 e 110.

critica riguarda a grandi linee la portata troppo ristretta della disposizione, sulla cui base, come affiora dal paragrafo 109, non era stata pronunciata alcuna sentenza di condanna nel periodo di vigenza della norma.⁴⁸

Le lacune individuate dal GRECO avevano ad oggetto l'insufficiente estensione dei soggetti attivi⁴⁹, l'omessa previsione che il beneficiario della tangente potesse essere un terzo¹, la mancata punibilità delle condotte di offerta e sollecitazione, il fatto che il reato non fosse realizzabile per mezzo di intermediari, il requisito del documento alla società e la procedibilità a querela della persona offesa.

Fu anche sulla scorta di tali censure che il legislatore, circa sei mesi dopo il primo rapporto, procedette alla riscrittura dell'art. 2635 C.c. con la legge 190/2012, la quale non a caso avrebbe dovuto conformare lo statuto della corruzione privata alla Convenzione del 1999.

Furono tuttavia sufficienti meno di due anni perché il GRECO, con un secondo rapporto⁵⁰, presentasse le sue perplessità sulla riforma, ritenendo che questa avesse recepito solo parzialmente le raccomandazioni della precedente relazione.

Il rapporto del 2014, pur riconoscendo i passi avanti in merito all'intervento sanzionatorio ed ai soggetti punibili, tra i quali vennero fatti rientrare dal secondo comma dell'art. 2635 C.c. post riforma anche i soggetti sottoposti alla direzione e alla vigilanza delle figure apicali, rinnova le critiche all'assenza dell'offerta e della sollecitazione tra le modalità della condotta criminosa e alla necessità del documento alla società, il cui persistere violava lo spirito della Convenzione stessa, la cui finalità, rispetto alla corruzione privata, è quella di tutelare la libera concorrenza tra imprese e non interessi meramente patrimoniali⁵¹. Finalità che al legislatore italiano

⁴⁸ “At the start, and on a conceptual note, it emerged from the discussions held on-site, as well as the statistics available, that no experience had been gathered concerning the application of Article 2635 of the Civil Code. No conviction for this offence has ever occurred”.

⁴⁹ “Firstly, as regards the range of possible perpetrators, the article merely covers managers, director generals, directors in charge of the drafting of balance sheets, mayors and liquidators. The Convention, however, addresses bribery in the private sector committed by any person who directs or works for, in any capacity, a private sector entity, as emphasised in the Explanatory Report (paragraph 54). Articles 7 and 9 of the Convention also cover other types of relationships such as partners, lawyers and clients and others in which there is no contract of employment”.

⁵⁰ GRECO RC – III (16-20 Giugno 2014). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 64° adunanza plenaria, par 20 ss.

⁵¹ Cfr. MONTANARI M., *Dov'eravamo rimasti?*, 3 ss.

ha continuato ad apparire secondaria, testimoniato anche dal mantenimento della querela della persona offesa quale condizione di procedibilità.⁵²

Il Ciclo di valutazione in merito al recepimento nell'ordinamento italiano degli articoli 7 e 8 della Convenzione si è concluso con un ultimo rapporto il 2 dicembre 2016.⁵³

Al paragrafo 24 di tale relazione viene salutata con favore la delega al Governo, operata dalla legge di delegazione europea n. 170 del 12 agosto 2016, per il recepimento della Decisione Quadro 2003/568/GAI e per la modifica del delitto di corruzione tra privati.

Il GRECO accoglie in modo particolarmente positivo l'introduzione della sollecitazione e dell'offerta tra le modalità della condotta tipica, la mutazione della fattispecie da reato ad evento a reato di mera condotta e l'eliminazione della condizione di procedibilità a querela.⁵⁴ Proprio quest'ultima è tuttavia stata mantenuta nella previsione del d.lgs. 38/2017, scelta che verosimilmente sarà oggetto di future censure da parte dell'organo del Consiglio d'Europa.

3. La Convenzione ONU del 2003.

Nell'ambito delle Nazioni Unite, il processo di contrasto alla corruzione trova il suo punto d'arrivo nella Convenzione contro la Corruzione di Merida del dicembre 2003⁵⁵, ratificata nel nostro Paese con la l. 116/2009, la quale tuttavia non contiene alcun accenno alla corruzione tra privati. Assieme alla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa e alla Decisione Quadro 2003/568/GAI di fonte comunitaria, la Convenzione di Merida rappresenta il terzo pilastro di diritto sovranazionale che

⁵² “GRECO notes that damage to the legal person needs to occur, which according to the authorities would imply that the act or omission must violate office or loyalty duties, which is not in line with the Convention. Furthermore, this offence cannot be prosecuted *ex officio* in all situations; either there needs to be a complaint from the victim or, when there is no such complaint, the offence must give rise to a distortion in competition”.

⁵³ GRECO RC – III (28 nov – 2 dic 2016). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 74° adunanza plenaria, par. 22 ss.

⁵⁴ “Although it originally aims at implementing the Council of the European Union Framework Decision 2003/568/JHA, it appears that according to Article 19, said Decree would include provisions that would establish as a criminal offence the offering, request and promise of a bribe, criminalise the indirect commission of the offence, and no longer mention the need for the legal person to have suffered damage, the need for a complaint from the victim, nor the requirement of distortion in competition”.

⁵⁵ La Convenzione di Merida è divisa in otto titoli e composta da 71 articoli. Il testo è disponibile al sito www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf

ha orientato, o avrebbe dovuto orientare, il legislatore italiano in occasione delle riforme operate dalla l. 190/2012 prima e dal d.lgs. 38/2017 poi al fine di conformare lo statuto penale della corruzione privata alle necessità degli organi internazionali.

Il documento presenta un modello di tutela sostanzialmente analogo a quello contemplato dalla Convenzione del Consiglio d'Europa di cui *supra*: lo stesso preambolo fa riferimento, in modo altrettanto iperbolico, a beni giuridici come le istituzioni democratiche, la stabilità politica, lo sviluppo economico e lo stato di diritto⁵⁶, per i quali la corruzione in ogni sua forma potrebbe costituire, in astratto, un pericolo. Rispetto all'indeterminatezza che caratterizza questa gamma di interessi tutelati possono essere sollevate le perplessità già emerse parlando della Convenzione del Consiglio d'Europa.

Possiamo ora spostare l'attenzione sugli articoli rilevanti ai fini della presente trattazione, ossia il 12 e il 21, contenuti rispettivamente nei Titoli II e III.

L'articolo 12⁵⁷ prevede l'impegno degli Stati contraenti ad adottare misure penali amministrative e civili volte a migliorare gli standard di prevenzione della corruzione nel settore privato; tra di esse i commi 2 e 3 includono quelle volte ad incentivare pratiche virtuose all'interno degli enti privati, mediante l'adozione di codici etici (*codes of conduct*) per un corretto e trasparente esercizio dell'attività commerciale, la previsione di sanzioni interdittive nei confronti di soggetti che in precedenza hanno rivestito la qualifica di pubblici ufficiali ed infine un maggior controllo sulla tenuta dei libri contabili e sulla trasparenza delle iniziative finanziarie delle società.

Merita di essere accennato anche l'ultimo comma dell'articolo in esame, che sollecita gli Stati contraenti ad escludere, a fini fiscali, la deducibilità dal reddito dei costi sostenuti per commettere il delitto.

Posto che l'ordinamento fiscale riconosce l'imponibilità dei redditi provenienti da reati non sottoposti a confisca o sequestro, l'indeducibilità dei costi e delle spese derivanti da reato è stata oggetto di attenzione da parte del nostro legislatore già nel

⁵⁶ Si riporta la parte del Preambolo in esame: "*Convinced that the illicit acquisition of personal wealth can be particularly damaging to democratic institutions, national economies and the rule of law.*"

⁵⁷ Si riporta il primo comma dell'art. 12 della Convenzione: "*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.*"

1993, anno di emanazione della l. 537/1993, che 4bis vietava la deduzione dal reddito illecito imponibile dei costi “*riconducibili a fatti, atti o attività qualificabili come reato, fatto salvo l'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti*”.

La disciplina è stata poi rivista dalla l. 44/2012, che ha ristretto notevolmente l'area di indeducibilità dei predetti costi, richiamando non più ogni componente negativo di reddito genericamente riconducibile a una condotta penalmente rilevante, ma, secondo una *ratio* squisitamente punitiva piuttosto che fiscale, soltanto i costi e le spese afferenti a beni o servizi direttamente utilizzati per commettere delitti non colposi per i quali sia stata esercitata l'azione penale o, comunque, il giudice abbia emesso il decreto che dispone il giudizio o la sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione del reato, salvo il diritto al rimborso della maggiore imposta pagata in conseguenza dell'ineducibilità dei costi in caso di sentenza definitiva di assoluzione o di non luogo a procedere⁵⁸.

L'articolo 21 contiene invece la fattispecie incriminatrice della corruzione privata attiva e passiva.⁵⁹

Ad una prima lettura dell'articolo emergono immediatamente le analogie con gli articoli 7 ed 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa. Queste riguardano infatti i soggetti attivi, tra cui sono ricompresi coloro che dirigono o lavorano, in qualsiasi funzione e a qualsiasi titolo, per un qualunque ente privato, le modalità della condotta, nella quale rientrano anche la sollecitazione e l'offerta, l'ambito in cui la condotta è posta in essere, ossia l'esercizio di un'attività economica ed infine il corrispettivo della dazione, promessa od offerta, rappresentato dalla violazione dei doveri (*breach of duties*).

Data la simmetria delle disposizioni delle due Convenzioni, si rinvia a quanto già detto in precedenza per il confronto tra l'articolo 21 e gli artt. 2635 e 2635bis C.c.

⁵⁸ Cfr. art. 14 c. 4bis della l. 537/93 post l. 44/2012. Sull'argomento si rinvia a TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, X ed., UTET, Milano, 2016, 17 ss.

⁵⁹ Article 21: *Bribery in the private sector*: “Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities:
(a) 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;
(b) 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”.

4. La Decisione Quadro 2003/568/GAI

Se le due convenzioni esaminate nelle sezioni precedenti hanno orientato il legislatore nazionale in maniera “indiretta”, fornendo una cornice politico-criminale di riferimento verosimilmente ampia, le sollecitazioni di matrice comunitaria sono andate invece delineando una disciplina sempre più puntuale e stringente rispetto alla tipizzazione della corruzione tra privati, recepita non senza difficoltà dal nostro ordinamento.

Le preoccupazioni europee rispetto a pratiche corruttive estranee al settore pubblico ma potenzialmente pregiudizievoli per il corretto funzionamento del mercato unico e per la libertà economica dei suoi protagonisti hanno infatti plasmato la strategia politico-criminale in seno al cosiddetto “terzo pilastro” dell’Unione Europea, altresì denominato Giustizia e Affari Interni (GAI), istituito con il Trattato di Maastricht del 1992, e successivamente riformato dal Trattato di Amsterdam del 1999.⁶⁰

Ed è stata proprio la necessità di garantire una tutela penale uniforme in tutti gli Stati membri nei confronti della libera concorrenza ad aver portato all’emanazione della già citata Azione Comune 98/742/GAI, seguita ed abrogata dalla Decisione Quadro 2003/568/GAI⁶¹.

Ancorché diversamente denominate, sia l’Azione Comune che la Decisione Quadro costituiscono i due strumenti utilizzati dall’Unione Europea al fine di rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e di armonizzare le scelte politico-criminale degli stessi; tuttavia, l’aspetto penale della materia che esse trattano non consente loro di assumere la forma di norme immediatamente vincolanti per i Paesi destinatari, ai quali è riconosciuto un certo grado di discrezionalità in merito alla forma e alle modalità di attuazione delle misure ivi contenute.

L’Azione Comune del 1998 avrebbe dovuto trovare attuazione in Italia tramite la riforma del d.lgs. 61/2002, la quale tuttavia ha dato alla luce una fattispecie ad evento

⁶⁰ In seguito al Trattato di Amsterdam è nata, in luogo della Giustizia e Affari Interni, la Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che oggi costituisce il “Terzo Pilastro” del diritto dell’UE e il principale strumento comunitario di coordinamento dei legislatori penali europei.

⁶¹ Altri documenti di fonte comunitaria che possono rappresentare un utile esempio della strategia di contrasto alla corruzione in tutte le sue forme da parte dell’Unione Europea (tra l’altro espressamente richiamate dai Considerando della Decisione Quadro 2003/568) sono la Convenzione per la Protezione degli Interessi Finanziari delle Comunità Europee del 1996 e la Decisione Quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, nella quale la corruzione è inclusa nell’elenco dei reati che rientrano nell’ambito d’applicazione del mandato d’arresto europeo.

e del tutto orientata alla tutela del patrimonio sociale rubricata “Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, non considerando neppure in astratto un pericolo per la libera concorrenza come invece auspicato dalle sollecitazioni comunitarie.

Il modello di tutela “concorrenziale” è stato mantenuto dalla Decisione Quadro del 2003. Lo stesso Considerando n. 9⁶² del documento in esame, sulla scia della Convenzione del Consiglio d’Europa individua nella “concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali” e nel “corretto sviluppo economico” i due principali interessi a dimensione collettiva e macro-economica contemplati dai redattori, contornati, secondo non pochi autori, da indubbie venature moraleggianti.

La preoccupazione prioritaria del legislatore europeo di tutelare la libera concorrenza è ravvisabile anche nella riserva operata a favore degli Stati dal comma 3 dell’articolo 2 della Decisione, per la quale “uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l’ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali”. Il comma in esame sembra quindi limitare l’intervento penale a quegli accordi corruttivi che risultano in concreto idonei a determinare una lesione della concorrenza; la scelta del legislatore europeo è senz’altro condivisibile e conforme al principio di offensività, il quale impone di escludere la rilevanza penale di quei patti che, ancorché caratterizzati da immoralità, non risultano neppure *ex ante* in grado di distorcere il regolare andamento del mercato. Da questo punto di vista la Decisione Quadro sembra aver attribuito alla corruzione tra privati un grado di offensività meno rarefatto rispetto a quello individuato dai redattori della Convenzione sulla corruzione del Consiglio d’Europa. La legge 190/2012 ha effettivamente introdotto la controversa “distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni o servizi” quale evento che, se avveratosi, ammette la procedibilità d’ufficio del reato, il quale in linea generale rimane invece perseguibile a querela della persona offesa.

⁶² Si riporta il Considerando n. 9: “Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico. In tale contesto, gli Stati membri che non hanno ancora ratificato la convenzione dell’Unione europea del 26 maggio 1997 e la convenzione del Consiglio d’Europa del 27 gennaio 1999 devono trovare il modo di ratificarle al più presto.”

Le fattispecie di corruzione privata attiva e passiva vengono invece contemplate dal primo comma dell'articolo 2 della Decisione, rispettivamente alla lettera A e B.⁶³

In relazione all'ambito in cui può manifestarsi il reato, il concetto di "attività professionali" svolte per conto di un "entità del settore privato" estende la punibilità anche al *pactum sceleris* stipulato in seno ad organismi collettivi privi di scopo di lucro e non esercitanti un'attività economica quali fondazioni ed onlus, contemplando quindi una gamma di enti più ampia rispetto a quella della Convenzione del Consiglio d'Europa, che esclude invece gli enti no-profit dalle "private entities".

Rimane in ogni caso la perplessità già emersa nelle pagine precedenti, e che sarà meglio discussa in seguito, rispetto alla nozione di "entità del settore privato", a cui fa riferimento, dal 2017, anche la nuova rubrica del Titolo XI del Codice Civile, nel quale è contenuta l'attuale fattispecie di corruzione tra privati.

Sul versante dei soggetti del reato la Decisione Quadro contempla tra le parti attive tutti coloro che svolgono funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per l'ente. Come già osservato in merito alle Convenzioni del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite, anche la disposizione comunitaria estende la tutela penale alle condotte di coloro che, pur non soggetti al controllo o alla vigilanza da parte degli apicali, svolgano attività lavorative per l'ente di riferimento.

Seguendo l'impostazione comunitaria verrebbero inclusi nell'alveo dei responsabili anche i professionisti esterni, come gli agenti commerciali, i rappresentanti e anche gli avvocati, i quali invece sembrano dover essere estromessi dai soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza dei vertici societari a cui fa riferimento il dato normativo del secondo comma dell'articolo 2635 C.c. post 2012.

⁶³ Si riporta l'articolo 2: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che le seguenti condotte intenzionali costituiscano un illecito penale allorché sono compiute nell'ambito di attività professionali:

a) promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere;

b) sollecitare o ricevere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accettare la promessa di tale vantaggio, per sé o per un terzo, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere."

Le modalità della condotta definite dalla Decisione Quadro sono affatto simili a quelle individuate dalla Convenzione, rientrando tra le medesime anche la sollecitazione dal lato attivo e l'offerta dal lato passivo, e che dopo il d.lgs. 38/2017 costituiscono elementi integranti la corruzione tra privati anche ai sensi della disposizione del Codice civile. La fattispecie delineata dal legislatore comunitario assume così i contorni di un reato a concorso eventuale e non necessario come sarebbe stato se la sollecitazione e l'offerta fossero invece state intese quali condotte tipiche del tentativo. La stessa Decisione Quadro, all'articolo 3, obbliga tuttavia gli Stati membri a sanzionare anche l'istigazione alle condotte di cui all'articolo 2, che nel nostro ordinamento costituisce un'autonoma ipotesi di reato al nuovo articolo 2635^{bis} C.c., rubricato appunto "istigazione alla corruzione tra privati".

Se tuttavia si considerano le condotte di sollecitazione e di offerta non già dei comportamenti integranti una corruzione consumata bensì meri tentativi, come del resto prevede l'articolo 322 del Codice penale rispetto alla corruzione pubblica, viene da chiedersi per quale motivo il legislatore europeo all'articolo 3 della Decisione Quadro abbia anticipato la tutela penale a quello che di fatto è il tentativo di un tentativo, andando inoltre a generare un malinteso normativo con il legislatore italiano del 2017.⁶⁴ Si ritiene comunque opportuno rinviare alle pagine successive dedicate all'articolo 2635^{bis} C.c. le osservazioni in merito alle criticità riguardanti il delitto di istigazione.

La condotta del corrotto deve invece consistere nel compimento, od omissione, di un atto in violazione di un dovere.

L'articolo 1 identifica la violazione di un dovere come qualsiasi violazione di un'obbligazione legale o di normative professionali riferite all'attività esercitata dal corrotto⁶⁵. La previsione richiama dunque tanto gli obblighi inerenti all'ufficio quanto i doveri di fedeltà, entrambi contemplati dall'articolo 2635 C.c., offrendo così una tutela mediata ed indiretta ai rapporti di lavoro tra principale e sottoposto e tra committente ed agente, i quali che, come già osservato, costituiscono il principale

⁶⁴ Sul punto cfr. LA ROSA E., *op. cit.* 2; SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 720 ss.

⁶⁵ Si riporta l'articolo 1 nella parte in analisi: "Ai fini della presente decisione quadro si intende per: "violazione di un dovere", ciò che è inteso come tale ai sensi del diritto nazionale. La nozione di violazione di un dovere nel diritto nazionale copre almeno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito dell'attività di una "persona" che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato".

oggetto di tutela del modello “lealístico-fiduciario” che caratterizza la corruzione privata in Francia, Inghilterra e Paesi Bassi.

Da quest’ultimo elemento consegue che in caso di autorizzazione del principale debba escludersi la violazione dei doveri, e di conseguenza la sussistenza del reato: appare così che il bene “pubblicistico” della concorrenza non riceva una protezione assoluta e incondizionata, in quanto la sua lesione viene subordinata al venir meno del rapporto di fedeltà tra apicale e sottoposto. Sembra quindi che il modello di tutela “lealístico” non sia stato affatto abbandonato dal legislatore europeo.

L’ultimo elemento della disposizione in commento su cui è opportuno soffermarsi sono gli articoli 5 e 6⁶⁶, ove è contenuto l’obbligo degli Stati membri di prevedere, in linea coi principi costituzionali loro propri, sanzioni pecuniarie ed interdittive nei confronti delle persone giuridiche nel cui beneficio sia commesso un delitto di corruzione attiva o passiva da parte di chi occupa una posizione apicale al loro interno ovvero da chi è soggetto all’autorità di quest’ultimo.

Viene qui in luce come la disposizione, inspiegabilmente, restringa la portata dell’articolo 2 rispetto alla responsabilità degli enti, andando a contemplare la sola

⁶⁶ Si riportano gli articoli 5 e 6 della Decisione: Articolo 5: “*Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili degli illeciti di cui agli articoli 2 e 3 commessi a loro beneficio da qualsiasi persona, che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, la quale occupi una posizione dirigente in seno alla persona giuridica, basata:*

- a) *sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o*
- b) *sul potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o*
- c) *sull’esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica.*

2. *Oltre ai casi di cui al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di un illecito del tipo menzionato agli articoli 2 e 3 a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità.*

3. *La responsabilità della persona giuridica ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l’azione penale contro le persone fisiche che siano autori, istigatori o complici di un illecito del tipo menzionato agli articoli 2 e 3”.*

Articolo 6: “*Sanzioni per le persone giuridiche*

1. *Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché la persona giuridica dichiarata responsabile ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 1, sia passibile di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive comprendenti sanzioni pecuniarie di natura penale o non penale, ed eventualmente altre sanzioni, tra cui:*

- a) *l’esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico;*
- b) *il divieto temporaneo o permanente di esercitare un’attività commerciale;*
- c) *l’assoggettamento a sorveglianza giudiziaria o*
- d) *provvedimenti giudiziari di liquidazione.*

2. *Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché la persona giuridica dichiarata responsabile ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 2, sia passibile di sanzioni o misure effettive, proporzionate e dissuasive”.*

responsabilità delle persone giuridiche con esclusione quindi di tutti gli altri soggetti collettivi rientranti nella generica nozione di “entità del settore privato”, tra cui ben si configurano le società e le associazioni prive di personalità giuridica, le quali ai sensi dell’art. 1 c. 2 del d. lgs. 231 del 2001 rispondono dei reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio.

Come accennato *supra*, già la l. 190/2012 aveva introdotto la sola corruzione privata dal lato attivo come reato presupposto della responsabilità dell’ente di appartenenze del “corruttore”, escludendo, per ovvie ragioni, la società che avesse subito il nocumento. Il d.lgs. 38/2017 è intervenuto sul decreto 231 senza tuttavia estendere la responsabilità anche all’ente di appartenenza del corrotto, scelta che invero sarebbe stata la più corretta in seguito alla soppressione del nocumento e all’adozione del modello di tutela “lealístico”.

4.1. L’adeguamento del legislatore agli obblighi comunitari.

Come più volte evidenziato fin dalle prime pagine dell’elaborato, la reazione del legislatore italiano rispetto alle sollecitazioni sovranazionali, ed in particolar modo a quelle di matrice comunitaria, è stata caratterizzata da una perseverante inerzia, se non addirittura riluttanza, nell’adeguare lo statuto penale della corruzione tra privata agli obblighi ivi contenuti⁶⁷.

Già il d.lgs. 61/2002, introducendo la prima fattispecie di corruzione tra privati nel nostro ordinamento, ancorché rubricata “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, avrebbe dovuto, sulle scorte del già citato progetto Mirone, conformare l’articolo 2635 C.c. al modello di tutela “pubblicistico” o “concorrenziale” cui si ispirava l’Azione Comune 98/742 GAI.⁶⁸ Conformazione che tuttavia non ha avuto luogo neppure lontanamente, in quanto l’interesse tutelato dalla disposizione era tutto incentrato al patrimonio sociale, richiedendo infatti il nocumento alla società e la procedibilità a querela di quest’ultima.

⁶⁷ Per un’analisi del processo di conformazione alla Decisione Quadro e delle relative inadempienze si rinvia a MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 4-2012, 914 ss; MONTANARI M., *La normativa italiana*, 18 ss; ID., *op. cit.*, 3 ss.; SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 712 ss.

⁶⁸ Gli articoli 2 e 3 dell’Azione Comune impegnavano infatti gli Stati membri a prevedere come reati la corruzione privata attiva e passiva applicandole “*almeno ai casi di condotte che comportino o possano comportare distorsione di concorrenza come minimo nell’ambito del mercato comune e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto.*”

Non migliore fortuna ebbe il recepimento della Decisione Quadro 2003/568/GAI.

L'articolo 9 del documento europeo, al primo comma fissa il termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto conformare i loro ordinamenti alle disposizioni della Decisione, ossia il 22 Luglio del 2005.

Le prime avvisaglie della difficoltà di coordinamento tra i Paesi dell'UE emersero nella Relazione della Commissione al Consiglio del Giugno 2007, nella quale la Commissione manifestava già le sue preoccupazioni rispetto alla lentezza del recepimento della Decisione Quadro da parte degli Stati membri.⁶⁹ La relazione evidenziava in particolare che solo il Belgio e la Gran Bretagna avevano recepito pienamente le disposizioni dell'articolo 2 della Decisione, rispetto al quale il grado di adempimento dell'Italia era definito solamente parziale.

Un punto di svolta si ebbe con l'adozione del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona, il quale prevedeva la facoltà per la Commissione di intraprendere una procedura d'infrazione verso gli Stati che non adempissero anche agli atti (tra i quali ben rientra la Decisione Quadro) emanati dal "Terzo pilastro", la già citata Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, entro cinque anni dall'entrata in vigore del trattato medesimo. Il 1° Dicembre 2014 divenne così il termine ultimo per evitare una procedura d'infrazione e adeguare il reato di cui all'articolo 2635 C.c. alle indicazioni comunitarie.

Non va comunque dimenticato il tentativo del nostro legislatore di conformare l'ordinamento penale proprio alla Decisione Quadro del 2003. Ci si riferisce al disegno di legge delega n. 34 del Febbraio 2008 (o anche legge comunitaria 2007), mediante il quale il Senato delegava l'allora governo Prodi ad adottare, entro l'anno successivo, i decreti legislativi necessari a dare attuazione alla Decisione Quadro in materia di lotta alla corruzione nel settore privato.

L'articolo 29 della legge comunitaria prevedeva infatti l'introduzione nel libro II, titolo VIII, capo II, del Codice penale, ossia tra i delitti contro l'industria ed il

⁶⁹ COM/2007/0328. Si riporta la parte della Relazione in esame: *“La Commissione è preoccupata per il fatto che il recepimento da parte degli Stati membri della decisione quadro del Consiglio in esame sia ancora agli inizi. La Commissione ricorda agli Stati membri l'importanza da essi attribuita alla lotta contro la corruzione nel settore privato e rileva inoltre che la stessa importanza si riflette anche nella convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 e nella convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003. Una forte e organica legislazione nazionale è basilare per un'efficace tutela del settore privato di fronte a questa minaccia economica”*.

commercio, di una fattispecie parallela e speciale rispetto all'articolo 2635 C.c. del Codice civile che sanzionasse la corruzione privata attiva e passiva quale reato di mera condotta ed estendesse la responsabilità anche agli enti del corrotto e del corruttore. A ben vedere l'articolo in esame riprendeva a grandi linee la disposizione dell'articolo 2 della Decisione Quadro⁷⁰, presentando un deciso cambio di direzione verso un modello di tutela squisitamente "concorrenziale". Nonostante le favorevoli previsioni dottrinali in merito al progetto di legge⁷¹, la delega *de qua* nacque di fatto già morta, dal momento che, sfiduciato il governo Prodi, il governo Berlusconi che seguì non si adoperò per darvi esecuzione.

La mancata attuazione della delega e la successiva l. 190/2012, che come si vedrà *infra* non apportò i cambiamenti auspicati alla disciplina della corruzione tra privati, diedero il via alla pioggia di critiche scrosciante dagli organismi internazionali, tra cui i già visti rapporti GRECO e le due successive relazioni della Commissione UE. L'ultima di queste, risalente al febbraio 2014, sottolineava alcune delle censure già emerse dai rapporti del *Group of State against Corruption*. L'allegato 12 sull'Italia evidenziava infatti come il nostro paese non avesse ancora dato piena attuazione alla Decisione Quadro del 2003, e come la l. 190 non avesse affrontato le carenze connesse alla portata del reato, al regime sanzionatorio, alla procedibilità e alla

⁷⁰ Si riporta l'articolo 29 dell' l. 38/2008: "Il Governo adotta il decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali stabiliti dalle disposizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere e), f) e g), nonché sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi, realizzando il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti:

a) introdurre nel libro II, titolo VIII, capo II, del codice penale una fattispecie criminosa la quale punisca con la reclusione da uno a cinque anni la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per se' o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accetta la promessa di tale vantaggio, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive per conto di una entità del settore privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempreché tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali;

b) prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio di cui alla lettera a);

c) introdurre fra i reati di cui alla sezione 111 del capo I del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, le fattispecie criminose di cui alle lettere a) e b), con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato."

⁷¹ V. SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 805 ss; sullo stesso argomento più analiticamente PERRONE D., *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008 n. 34*, in *Cass. Pen.*, 2-2009, 769 ss.

responsabilità delle persone giuridiche, ponendo l'accento tra l'altro su un generale lassismo da parte delle imprese nel prevenire gli accordi corruttivi, anche transnazionali, al loro interno. La relazione si concludeva con un ulteriore invito al legislatore italiano a *“garantire il pieno recepimento ed attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato. Vagliare la messa a punto di dispositivi preventivi e di monitoraggio della corruzione per le imprese che operano in settori, come la difesa e l'energia, in cui casi di corruzione transnazionale su larga scala hanno evidenziato l'esposizione al fenomeno”*.⁷²

Sulla base di questi ultimi rilievi, e scaduto il termine quinquennale per l'attuazione della Decisione Quadro fissato dal Protocollo 36 del Trattato di Lisbona, nel dicembre 2015 la Commissione avviava la procedura EU-Pilot 8175/15/HOME⁷³ per omessa comunicazione delle misure di recepimento della Decisione in questione da parte dell'Italia, invitando contestualmente il nostro Paese a provvedere all'integrale recepimento entro quattro settimane, con l'avvertenza che, in caso contrario, sarebbe stata avviata una procedura di infrazione.

Il Governo italiano, nel marzo 2016, ha risposto alla Commissione europea asserendo che la fattispecie della corruzione nel settore privato prevista dall'articolo 2635 C.c. presentava alcuni profili di non piena conformità alle disposizioni di cui agli articoli 2 (condotte di corruzione attiva e passiva nel settore privato) e 5 (responsabilità delle persone giuridiche) della Decisione Quadro.

Il 12 agosto dello stesso anno veniva poi redatta la legge delega n. 170, attuata infine dal Governo nel marzo 2017 tramite il decreto legislativo n. 38, il quale, per ora, sembra avere parzialmente definito in maniera positiva i complicati rapporti tra il nostro legislatore e le forze politiche sovranazionali.

Senonché, nel settembre 2018 a sorpresa si apre una nuova fase nella problematica vita dell'articolo 2635 C.c., segnata dalla redazione del disegno di legge

⁷² L'allegato 12 alla Relazione COM(2014) 38 final è consultabile al sito: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-38-IT-F1-1-ANNEX-9.Pdf>

⁷³ Il sistema EU Pilot, lanciato nel 2009, è un meccanismo istituito tra Commissione europea e Stati membri per lo scambio di informazioni e la risoluzione di problemi in tema di applicazione del diritto dell'Unione europea o di conformità della legislazione nazionale alla normativa UE, concepito per la fase antecedente all'apertura formale della procedura di infrazione ex art. 258 TFUE. Il sistema EU Pilot ha sostituito la pratica precedente, per cui la Commissione, prima di avviare una procedura di infrazione, inviava lettere di carattere amministrativo alle autorità nazionali per confrontarsi con loro sui profili del diritto interno che potevano sollevare dubbi di conformità a quello europeo.

anticorruzione c.d. Bonafede, attualmente al vaglio camerale, il quale sembra destinato ad intervenire in maniera decisa sulla fattispecie di corruzione privata attraverso l'eliminazione, rivoluzionaria, della clausola di procedibilità a querela.

I dubbi di legittimità costituzionale, nonché l'incertezza e le perplessità che circondano il progetto di riforma non consentono tuttavia di prendere già una posizione in merito allo stesso né di effettuare previsioni circa i risultati che un eventuale entrata in vigore determinerà sulla disciplina della corruzione imprenditoriale.

CAPITOLO II

LO STATUTO PENALE DELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI FINO AL 2017

- 1. Un *excursus* storico: il contributo dottrinale alla criminalizzazione della corruzione privata. - 2. Dal progetto Mirone alla riforma del diritto penale societario del 2002: l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità. - 2.1. Le reazioni della dottrina. - 3. I beni giuridici tutelati. - 3.1. Il rapporto tra interesse tutelato ed evento: il "nocumento" alla società. - 3.2. L'intervento della Cassazione sulla definizione di "nocumento". - 3.3. Considerazioni sul modello "patrimonialistico". - 4. I soggetti attivi. - 4.1. Il contesto societario contemplato dalla norma. - 4.2. L'art. 2639 C.c.: l'estensione soggettiva della responsabilità. - 4.3. Cenni alla corruzione dei revisori contabili. - 5. Il fatto tipico. - 5.1. La violazione dei doveri inerenti all'ufficio. - 6. Il regime di procedibilità. - 7. L'elemento soggettivo. - 8. La riforma della l.190/2012: la corruzione tra privati. - 8.1. L'allargamento della platea dei soggetti attivi. - 8.2. Gli obblighi di fedeltà: verso un modello di tutela "lealistico"? - 8.3. La procedibilità d'ufficio in caso di distorsione della concorrenza. - 8.3.1. La concorrenza tra legislazione *antitrust* e disciplina penalistica. - 8.3.2. La "distorsione della concorrenza" ai sensi dell'art. 2635 C.c. - 8.4. Modifiche minori. - 8.5. La corruzione tra privati e la responsabilità delle persone giuridiche. - 8.5.1. I modelli di *compliance* aziendale di contrasto alla corruzione. - 8.5.2. La corruzione privata nei gruppi di società.

1. Un *excursus* storico: il contributo dottrinale alla criminalizzazione della corruzione privata.

Le valutazioni *de iure condendo* volte ad attribuire rilevanza penale agli accordi corruttivi posti in essere all'interno e nell'ambito delle realtà imprenditoriali, tanto lesivi della stabilità e lealtà dei rapporti di lavoro quanto dannosi per la concorrenza, non presentano una matrice esclusivamente sovranazionale e comunitaria, nonostante, nei fatti, siano state proprio le sollecitazioni di tal stampo (ad ultimo la minaccia della procedura di infrazione) ad aver guidato il legislatore italiano nei vari processi di riforma e adattamento dell'articolo 2635 del Codice Civile.

Possono infatti essere riconosciute cospicue elaborazioni dottrinali ben più datate delle iniziative prese in ambito internazionale, le quali, come già sottolineato nel capitolo precedente, si pongono in stretta relazione con l'allargamento del mercato e l'incrementare delle operazioni commerciali transnazionali, alveo nel quale le pratiche distorsive della concorrenza e dannose per gli interessi dei consumatori e delle imprese più vulnerabili non sono certo delle mosche bianche.

Appare dunque opportuno, ai fini di una contestualizzazione storica che inquadri l'interesse verso la corruzione tra privati, focalizzare brevemente l'attenzione sulle considerazioni dottrinali prodromiche degli interventi legislativi in questa materia.

Già in epoca fascista il Nuvolone aveva sottolineato la necessità di introdurre una fattispecie “comprensiva dei reati degli amministratori sotto il titolo dell’infedeltà”⁷⁴, diretta a salvaguardare gli interessi patrimoniali delle società commerciali contro condotte di abuso dei soggetti di vertice.

Tenendo opportunamente conto sia dell’epoca quanto dell’oggetto della trattazione del Nuvolone, la quale aveva appunto ad oggetto la fattispecie di mera infedeltà patrimoniale in se stessa considerata e slegata da un corrispettivo illecito, si possono tuttavia individuare spunti degni di nota sul piano dell’individuazione della condotta e del bene giuridico tutelato che possono estendersi anche a pratiche corruttive tra privati.

Rispetto al primo punto il Nuvolone dava un’esauriente definizione dell’obbligo di fedeltà che ricade tanto sull’amministratore nei confronti dell’amministratore quanto sul lavoratore nei confronti del principale, e la cui violazione oggi costituisce il necessario oggetto del dolo del corrotto ai sensi dell’art. 2635 C.c. Tale obbligo sarebbe diretto a “salvaguardare in modo esclusivo gli interessi di una persona”; l’obbligo può anche non avere per contenuto la tutela attiva di questi interessi, ma in ogni caso implica quanto meno il dovere di non ledere gli interessi medesimi per utili propri od altrui (emerge così l’eventualità che l’infedeltà possa costituire il prezzo di una promessa o dazione di denaro o utilità).⁷⁵

Per quanto riguarda il bene tutelato, il Nuvolone identifica l’oggetto della tutela dell’infedeltà nel patrimonio dell’organismo sociale e non nella mera lealtà dovuta dall’infedele nei confronti dello stesso, sottolineando l’analogia con il delitto di *Untreue* di cui al §266 del Codice penale tedesco, oggi norma gemella dell’attuale art. 2634 C.c, dove la fedeltà nei rapporti sociali e di lavoro è, secondo l’impostazione condivisa dall’autore, bene strumentale rispetto alla tutela del patrimonio della persona offesa dall’infedeltà.⁷⁶

L’ultimo punto dell’opera del Nuvolone sul quale merita soffermarsi ai fini della presente trattazione è la concezione della fedeltà patrimoniale quale interesse pubblico e funzionale all’esistenza di istituti utili alla collettività: *nulla quaestio* sul

⁷⁴ NUVOLONE P., *L’infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1941.

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, 15.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, 130 ss.

fatto che una tale impostazione, se estesa alla corruzione privata, escluderebbe la necessità della procedibilità a querela della società.

La tematica di un'incriminazione autonoma della corruzione tra privati andò sviluppandosi nel corso degli anni Settanta all'interno del più ampio dibattito sulla tutela penale da accordare agli interessi di quelle categorie di soggetti messi in pericolo dai rischi annessi all'esercizio dell'attività di impresa.⁷⁷

La rilevanza degli beni giuridici coinvolti nella gestione di società di grandi dimensioni sembrerebbe giustificare la tendenza “ad avvicinare il regime della responsabilità dei garanti di quegli interessi (amministratori e sindaci) a quello degli operatori dei settori delle amministrazioni pubbliche”⁷⁸ e a “creare uno statuto penale dell'impresa autosufficiente e soprattutto svincolato dall'applicazione delle fattispecie in tema di pubblica amministrazione”.⁷⁹

In tal senso è degno di nota l'auspicio *de iure condendo* del Marinucci e del Romano alla formulazione di un'incriminazione che avvicinasse la corruzione dell'amministratore di una società di capitali per il compimento di atti riferibili alla società a quella del pubblico funzionario per il compimento di atti riferibili all'ufficio.

Secondo i due autori, l'anticipazione della tutela al momento dell'accettazione dell'indebita utilità da parte dell'amministratore, prescindendo dal compimento dell'atto dannoso, sarebbe stata giustificata dalla necessità di proteggere il più ampio interesse alla corretta gestione del patrimonio altrui.⁸⁰

Rispetto a quest'ultima impostazione, anche la dottrina successiva considerò l'opportunità di introdurre nell'ordinamento una fattispecie fondata sull'accettazione di indebite utilità per il compimento di atti conformi o contrari ai doveri della posizione sociale rivestita, sempre finalizzata a reprimere il pericolo di pregiudizi economici per la società ma prescindendo da qualsiasi connotazione lesiva del patrimonio di quest'ultima; il disvalore del reato, in altre parole, si sarebbe manifestato nella trasgressione di un parametro comportamentale, ossia nell'infedeltà

⁷⁷ Su questo tema è significativo il contributo di MARINUCCI G.; ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, 681 ss.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, 685.

⁷⁹ La citazione è di MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, 234.

⁸⁰ Cfr. MARINUCCI G.; ROMANO M., *op. cit.*, 707.

personale del soggetto.⁸¹ Una simile lettura rifiutava pertanto l'estensione degli articoli 318 e 319 del Codice penale all'ambito privato, ritenendo la corruzione del pubblico funzionario diretta a ledere il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, e non la stabilità dei rapporti di fedeltà al suo interno.

In questa prospettiva, la corruzione societaria avrebbe costituito “una forma particolare di *mala gestio* anticipata, nella quale l'utilità, oggetto di scambio o di promessa, comporta un rischio di deviazione dalla corretta considerazione degli interessi della società da parte di coloro che per essa agiscono”.⁸²

Seguendo quest'ultimo orientamento si ammette così l'adesione ad un modello connotato da natura tanto “patrimonialistica” quanto “lealistico-fiduciaria” rispetto alla natura degli interessi aggrediti da una corruzione tra privati, in linea con la tradizione legislativa inglese, francese ed olandese nella repressione della corruzione nel settore commerciale; di conseguenza, l'autorizzazione *ex post* del compenso illecito da parte del datore di lavoro avrebbe dovuto escludere la rilevanza penale della condotta. La fondamentale distinzione tra la corruzione pubblica e privata, come individuato in dottrina, risiederebbe nel potere di valutare l'opportunità o meno dell'azione posta in essere dal rappresentante “infedele”: nella prima, essendo di fronte ad interessi della collettività, non è concesso alcun dubbio sull'impossibilità di escludere l'offesa in seguito al consenso del *dominus* gerarchico; nella corruzione privata parrebbe invece sostenibile la tesi per cui il benessere del principale societario rispetto allo scambio di utilità e l'atto del sottoposto potrebbe far decadere ogni responsabilità di quest'ultimo.⁸³

Ulteriori valutazioni *de iure condendo* sulla corruzione privata si rinvergono nella letteratura di fine anni Novanta, trovando terreno fertile nel più ampio discorso sullo sviluppo dell'economia finanziaria e delle “attività di intermediazione professionale fra la formazione della ricchezza e il suo impiego in attività produttive”, ambito nel quale i pericoli legati alle infedeltà interne ad una società presentano una percentuale di danno elevatissima tanto nei confronti del patrimonio della società stessa quanto

⁸¹ Per la ricostruzione che segue v. SEMINARA S., *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 990 ss.

⁸² La citazione è di CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in PIERGALLINI C. (a cura di), *La riforma dei reati societari*, Giuffrè, Milano, 136.

⁸³ La tesi cui fa riferimento la nota è stata sostenuta da MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2000, 905 ss.

verso gli interessi dei consumatori e degli *stakeholders* esterni.⁸⁴ Pericoli i quali, come già emerso nel primo capitolo, sono stati oggetti dell'interesse e dei costanti richiami sovranazionali in merito alla criminalizzazione della corruzione tra privati.

Non è dunque casuale che sia stato proprio a seguito dei grandi scandali, a partire da "Tangentopoli"⁸⁵, legati alla "finanziarizzazione dell'economia"⁸⁶ che le sollecitazioni dottrinali all'introduzione nel sistema penale societario di una fattispecie analoga alla corruzione pubblica siano divenute sempre più impellenti.

Rispetto ai beni tutelati sono state elaborate due proposte di incriminazione.

Una prima direzione verso cui orientare la tutela penale sarebbe stata quella di "rivitalizzare" la fattispecie di illecita remunerazione degli amministratori (contemplata dal vecchio articolo 2630 C.c.), trasformandola da strumento sanzionatorio della disciplina procedimentale privatistica relativa ai compensi degli amministratori in una nuova figura di reato, effettivamente idonea a prevenire il fenomeno delle tangenti nell'esercizio dell'attività d'impresa e le trasgressioni di parametri disciplinari ed etici dietro corrispettivi illeciti, andando così a prevenire i pericoli per gli interessi patrimoniali della società⁸⁷. In questo senso dunque, la tipizzazione autonoma della corruzione nell'esercizio dell'attività d'impresa avrebbe colmato una lacuna del sistema, rappresentando una fattispecie "avamposto" dell'infedeltà patrimoniale, la quale difficilmente avrebbe trovato applicazione rispetto alle condotte lesive della lealtà verso gli interessi della società senza che queste si concretizzassero in un danno al patrimonio della stessa.⁸⁸

⁸⁴ L'argomento dell'infedeltà patrimoniale e dei rischi ad essa connessi nell'ambito della "privatizzazione" e "finanziarizzazione dell'economia" è esaustivamente esaminato da FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁸⁵ Rientra infatti nell'esperienza giudiziaria di "Tangentopoli" la vicenda che ha coinvolto l'impresa preposta alla gestione della costruzione della metropolitana milanese; vicenda dalla quale è emerso un problema di qualificazione privatistica o pubblicistica e di applicabilità o meno dello Statuto penale della corruzione della P.A.

⁸⁶ FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale*, 58 ss.

⁸⁷ Questa impostazione, presentata da *Ibidem*, 589, è stata elaborata in precedenza da SEMINARA S., *Gli interessi tutelati*, 992, il quale tuttavia paventava il rischio, in una simile prospettiva di riforma, di assimilare "in un vago concetto di infedeltà personale, fatti tendenti alla truffa, alla distrazione indebita e fatti privi di qualsiasi possibilità di pregiudizio per il datore di lavoro".

⁸⁸ Una simile anticipazione della tutela penale caratterizza ad esempio il §153a del Codice penale austriaco, che prevede appunto la fattispecie di "Accettazione di utilità da parte del rappresentante" (*Geschenkannahme durch Machthaber*), che sanziona con la reclusione fino ad un anno "chi, per l'esercizio del potere di sporre di un patrimonio altrui o di obbligare un altro, che gli spetta per legge, per incarico dell'autorità o per contratto, ha accettato o indebitamente trattenuto una non insignificante utilità patrimoniale". Come rilevato da FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale*, la fattispecie anticipa la tutela penale al momento dell'accettazione e sull'indebito arricchimento del rappresentante al fine

Il secondo approccio⁸⁹ auspicava invece l'introduzione di una fattispecie repressiva della corruzione nell'attività d'impresa *tout court*, aderendo a quel modello di tutela della lealtà nella concorrenza che fin dagli albori del Ventesimo secolo permea il delitto di corruzione nelle operazioni commerciali previsto nell'ordinamento tedesco e che dopo il 2012 sembra aver trovato uno spazio, seppur ristretto, anche nel diritto penale societario italiano.

A partire dal primo decennio di questo secolo, autorevole dottrina⁹⁰ ha richiamato l'attenzione sulla problematica della "privatizzazione" e del passaggio dallo "Stato imprenditore" allo "Stato regolatore", fattori che tra la fine degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila hanno da un lato attirato l'interesse e le preoccupazioni delle forze politiche sovranazionali e dall'altro fatto emergere le difficoltà nell'estendere l'applicazione indiscriminata delle fattispecie di corruzione pubblica a comportamenti del tutto svincolati dalle figure classiche di pubblico ufficiale e impiegato di pubblico servizio.

È stato dunque auspicato, all'interno di una più ampia critica al pionieristico articolo 2635 C.c. introdotto dal d.lgs. 61/2002, il rafforzamento dell'apparato penalistico nei confronti delle condotte di corruzione privata al fine di colpire forme di disonestà e di infedeltà ai doveri funzionali, e violazioni dell'"etica degli affari" capaci di incidere non solo sul patrimonio della singola società e sulla stabilità dei rapporti interni alla stessa, ma altresì sulla credibilità dell'istituzione societaria nel suo complesso, sulla fiducia dei consociati nell'esistenza di regole di mercato attendibili nel settore dei servizi pubblici privatizzati, terreno più che mai fertile per prassi corruttive non solo amorali, ma realmente dannose per gli interessi di tutti quei soggetti che possono essere raggiunti dalle proiezioni offensive delle attività d'impresa improntate sul modello economico neoliberista (creditori, investitori, azionisti, consumatori, concorrenti, ecc.). La medesima dottrina ha tuttavia ammesso

dell'esercizio dei suoi poteri, senza necessità di provare un effettivo danno o anche pericolo per gli interessi del patrimonio societario.

Sempre FOFFANI L., *La corruzione tra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?* In ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op. cit.*, 383, individua nella corruzione tra privati austriaca il modello ispiratore del disegno di legge della commissione Mirone, il quale tuttavia anticipò la soglia della tutela penale al verificarsi di un concreto pericolo per il patrimonio societario.

⁸⁹ Questa lettura è sostenuta da FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale*, 589.

⁹⁰ Per la ricostruzione che segue e per un'analisi approfondita sulla tematica della privatizzazione nel discorso sulla corruzione tra privati v. FORTI G., *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1149 ss.

la necessaria “sussidiarietà” dell’intervento penale ai fini della prevenzione e della repressione della corruzione nel settore dei servizi pubblici privatizzati: il bisogno di sanzione penale in questo infatti ben potrebbe ridursi, se non annullarsi, in presenza di incentivi all’adozione di strategie di *preventive governance* e di *compliance* da parte degli stessi operatori privati al fine di compensare quelle fisiologiche carenze di controllo da parte dello Stato regolatore, privo, secondo l’idea economica post-hayekiana, dell’adeguata conoscenza locale della “società del rischio” e dei necessari poteri di intervento per garantire la tutela degli interessi della collettività.

Il contributo dottrinale appena esaminato ha avuto senz’altro il merito di delineare il modello di tutela cosiddetto “della privatizzazione”, il quale, rispetto ai beni giuridici tutelati dalla corruzione privata, esorbita tanto dagli interessi della singola società alveo del *pactum sceleris* quanto dal più istituzionale interesse alla libertà della concorrenza in chiave micro e macro-economica.⁹¹

2. Dal progetto Mirone alla riforma del diritto penale societario del 2002: l’infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità.

L’esigenza di adeguare il nostro ordinamento, in tema di corruzione privata, alle indicazioni fornite dall’Azione Comune del Consiglio dell’Unione Europea del 1998 e agli auspici *de iure condendo* della dottrina trovò una prima concretizzazione nel progetto di legge elaborato dalla già citata commissione presieduta dal Prof. Antonino Mirone, la quale pose le fondamenta legislative della successiva riforma del diritto penale societario del 2002.

La tipizzazione della corruzione tra privati è contenuta al numero 13 dell’art. 10 del disegno di legge, il quale sollecita la previsione di un delitto di “corruzione, consistente nel fatto degli amministratori, direttori, generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio,

⁹¹ La lettura esaminata non è stata tuttavia esente da critiche. Secondo SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 839, “se il modello della privatizzazione spinge a favore di una repressione della corruzione privata, è solo in via precauzionale, ossia: solo perché in certi casi che parrebbero (o comunque, formalmente sono) di corruzione privata, ci troviamo in realtà ad aver a che fare con vicende di corruzione sostanzialmente pubblica”, in quanto riguardanti lo svolgimento di servizi che sebbene privatizzati mantengono, per la loro rilevanza, una sostanza pubblicista. Il modello della privatizzazione spingerebbe invero verso una migliore e più comprensiva formulazione legislativa della figura del pubblico agente legittimato ad una corruzione passiva, ma pur sempre pubblica.

se ne deriva pericolo di nocumento per la società”; la disposizione estende infine la punibilità a chi dà o promette l'utilità.

Il disposto della norma redatta dalla commissione Mirone contemplava espressamente un delitto di “corruzione”, e non già di “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, manifestando dunque l'intento di individuare la fattispecie in esame quale “avamposto” dell'infedeltà degli organi apicali societari, la quale richiede invece un danno al patrimonio sociale,⁹² e di sottolineare meglio il parallelo con le fattispecie corruttive contenute nel codice penale.⁹³

Nella stessa relazione introduttiva al progetto di legge si sottolineava la presenza di “una innovativa fattispecie di corruzione, che esporta in campo privatistico societario, con gli opportuni adattamenti, (intesi anche ad orientare la fattispecie in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che di un astratto dovere di fedeltà degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione) il tradizionale modello punitivo della corruzione (propria) di pubblico ufficiale”.

Il reato oggetto della delega avrebbe inoltre dovuto presentarsi come fattispecie di mera condotta e di pericolo concreto per gli interessi patrimoniali della società, considerato dalla stessa relazione introduttiva il bene giuridico verso il quale dovesse essere indirizzata la tutela penale.

Venne subito evidenziato che la linea politica criminale seguita dal progetto di legge Mirone aveva un oggetto molto più circoscritto rispetto a quello contemplato dagli atti di diritto internazionale e comunitario *ante* 2002, ed in particolare dall'Azione Comune del 1998 e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa.

La fattispecie progettata dalla commissione si presentava dunque “nata male” e *ab origine* inadeguata a soddisfare i requisiti richiesti dagli strumenti sovranazionali, sia dal punto di vista del ristretto novero di soggetti attivi sia dal punto di vista della gamma degli interessi tutelati, dalla quale veniva esclusa la libertà della concorrenza

⁹² La delega all'adozione di una nuova e autonoma fattispecie di infedeltà patrimoniale è contenuta al numero 12 dell'articolo 10 del progetto Mirone: essa avrebbe consistere nel “*fatto degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sè o ad altri un ingiusto profitto, cagionano un danno patrimoniale alla società*”, andando a costituire un reato ad evento dannoso che avrebbe eventualmente potuto, eventualmente, realizzarsi a seguito di una corruzione passiva dei soggetti attivi.

⁹³ Cfr. AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in ROSSI A. (a cura di), *Reati societari*, 433 ss.

e la fedeltà nelle relazioni economiche. Il delitto che si intendeva introdurre risultava dunque consapevolmente inidoneo a reprimere ogni aspetto lesivo della corruzione privata *tout court*⁹⁴; pur tuttavia, la corruzione in ambito societario delineata dallo schema legislativo presentava una sua logica e ragion d'essere come strumento di anticipazione della soglia di punibilità rispetto a talune più insidiose forme di infedeltà patrimoniale, giustificata dalla maggiore gravità della situazione di partenza, ossia lo scambio illecito.

La razionalità dello schema iniziale disegnato dalla commissione Mirone venne tuttavia compromessa dalle modifiche introdotte dalla legge delega 366/2001, a partire dallo stesso *nomen juris*, mutato in “comportamento infedele” dall'articolo 11, comma 1 lett. a) n. 13.⁹⁵

La legge delega determinò inoltre il passaggio dall'evento di pericolo all'evento di danno, andando a prevedere espressamente il “nocumento” alla società, ed infine, l'introduzione della procedibilità a querela, sulla scorta della fattispecie dell'infedeltà patrimoniale.

L'articolo 11 venne recepito dal successivo decreto legislativo 61 del 2002, il quale andò a riscrivere il Titolo XI del libro V del codice civile, ponendo all'interno del Capo IV (“Degli altri illeciti, delle circostanze attenuanti e delle misure di sicurezza patrimoniale”) l'articolo 2635 C.c.⁹⁶

Nel 2005 l'articolo fu successivamente ritoccato dalla legge per la tutela del risparmio e per la disciplina dei mercati finanziari n. 262, la quale introdusse un terzo comma contemplante un'aggravante sanzionatoria del doppio della pena nel caso in

⁹⁴ Cfr. in particolare MUSCO E., *I nuovi reati*, 235; MILITELLO V. *Infedeltà patrimoniale*, 922, secondo i quali la formula normativa del progetto Mirone, punendo il semplice pericolo di nocumento, avrebbe reso quest'ultimo non già elemento costitutivo del reato ma semplice condizione di punibilità; la fattispecie progettata dalla commissione avrebbe quindi stemperato il profilo dell'offesa al patrimonio sociale spostando il baricentro dell'incriminazione verso la violazione dell'obbligo di fedeltà.

⁹⁵ L'art. 11 delegava il governo a prevedere come reato il “*comportamento infedele, consistente nel fatto degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva nocumento per la società; prevedere la pena della reclusione fino a tre anni; estendere la punibilità a chi dà o promette l'utilità; prevedere la procedibilità a querela*”. La legge delega è interamente consultabile al sito <http://www.camera.it/parlam/leggi/013661.htm>

⁹⁶ L'articolo 2635, così sostituito dal d.lgs. 61/2002 recitava: “*Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. Si procede a querela della persona offesa*”

cui la società danneggiata “si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell’Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell’articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998”⁹⁷.

2.1. Le reazioni della dottrina.

L’introduzione di una prima figura di corruzione privata nello statuto penale delle società commerciali fu immediatamente oggetto di una severa critica da parte della dottrina più autorevole.

Più precisamente, venne sottolineato che il legislatore del 2002 si limitò, “in modo acritico e pedissequo”⁹⁸, a ribattezzare la fattispecie in “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, giustificando tale scelta con la motivazione, contenuta nella relazione introduttiva al decreto, che “la rubrica “Infedeltà mediante dazione o promessa di utilità” meglio si armonizza con il contenuto della fattispecie e meglio segnala la distinzione dalla “infedeltà patrimoniale””⁹⁹.

Tale relazione dà inoltre una conferma delle finalità di tutela penale perseguite dal legislatore italiano; il paragrafo 2 sancisce infatti il rapporto che intercorre tra i nuovi reati di “infedeltà patrimoniale” e “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità” ed indica l’orientamento della tutela “in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che di salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli amministratori, trasformando la fattispecie da reato di pericolo a reato di danno e subordinando la procedibilità alla presentazione della querela”.

La distinzione con la fattispecie contemplata dall’articolo 2634 risultò invero così labile e illusoria che in dottrina il reato oggetto della presente trattazione venne

⁹⁷ Va sottolineato come a differenza dell’art. 2622 (riformato *ex novo* dalla legge 262/2005 e, dopo le aspre critiche nuovamente modificato dalla l. 69/2015), in cui la commissione del reato di false comunicazioni sociali nel contesto di società quotate costituisce un’autonoma fattispecie di reato, nel caso dell’art. 2635 C.c. quarto comma è pacifico che tale modalità di commissione del reato configuri invece una circostanza aggravante ad effetto speciale, e dunque oggetto di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti concorrenti. La medesima aggravante venne tra l’altro introdotta anche i reati di impedito controllo (art. 2625) e ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638) sempre con riferimento alle società quotate o con titoli diffusi in maniera rilevante tra il pubblico.

⁹⁸ MARTINI A., *Art. 2635: Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Legisl. Pen.*, 2003, 527 ss.

⁹⁹ Così recita il paragrafo 15 della Relazione al d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61, consultabile al sito https://www.tuttocamere.it/files/dirsoc/2002_61_Relazione.pdf

considerato il frutto di un fenomeno eclatante di deviazione normativa dall'impianto originario del progetto Mirone.¹⁰⁰

L'articolo 2635 C.c. avrebbe pertanto dato vita ad una "anomala figura satellite dell'infedeltà-conflitto di interessi", destinata ad essere assorbita dall'applicazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale¹⁰¹, contemplante una maggiore pena edittale, in tutti i casi in cui l'atto infedele di disposizione dei beni sociali da parte di un amministratore in conflitto di interessi fosse stato causalmente legato alla dazione illecita.¹⁰²

Quella figura di corruzione privata societaria che negli auspici della più autorevole dottrina avrebbe dovuto costituire una "fattispecie avamposto" dell'infedeltà patrimoniale, in modo da colmare i vuoti di tutela, venne di conseguenza categorizzata fin dall'inizio come una forma speciale del reato di cui all'articolo 2634¹⁰³ e come "un'inutile duplicazione di rimedi extrapenalistici già ampiamente disponibili alle società¹⁰⁴", come, in via esemplificativa, la gamma di strumenti di *compliance* aziendale e le azioni di responsabilità civilistica dei soci e dei creditori contro gli amministratori ai sensi degli articoli 2393, 2393**bis** e 2394 del Codice civile.

Gli unici spazi di operatività della disposizione, nei casi di condotte poste in essere dagli amministratori, sarebbero stati pertanto circoscritti a quei marginali casi, tra l'altro di difficile accertamento, nei quali la violazione di obblighi inerenti all'ufficio si fosse tradotta in comportamenti omissivi o che comunque non comportassero una

¹⁰⁰ GULLO A., *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2003, 446. L'autore sottolinea come il punto d'arrivo delle spinte riformatrici dei reati di infedeltà sia rappresentato da due figure criminose "consegnate per intralciarsi reciprocamente e, per questo motivo, condannate a pestarsi i piedi a vicenda".

¹⁰¹ Per ragioni di sistematicità si riporta l'attuale testo dell'articolo 2634: "*Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.*

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

¹⁰² Cfr. FOFFANI L., *Le infedeltà*, in ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società: d.lgs. 11 aprile 2002*, LXI ed., IPSOA, Milano, 2002, 369.

¹⁰³ SPENA A., *La corruzione privata*, 693 ss.

¹⁰⁴ La citazione è di FORTI G., *op. cit.*, 1160 ss.

disposizione del patrimonio societario ovvero in cui l'interesse del corrotto, benché contrastante con quello della società, non fosse allineato a quello del corruttore.¹⁰⁵ Come suggerito da condivisibile dottrina¹⁰⁶ e dallo stesso impianto originario del disegno di legge delega, ai fini di prevenire il concorso apparente sarebbe risultato più razionale costruire i rapporti tra le due norme in modo che, qualora il patrimonio della società venisse posto in pericolo dall'atto, potesse trovare applicazione la fattispecie di *mala gestio* da corruzione, e solo nel caso in cui a questa avesse seguito il corrispondente danno dovesse prevalere la norma di cui all'art. 2634 C.c. La parificazione delle due norme rispetto al verificarsi di un pregiudizio per la società faceva invece venir meno ogni distinzione fondata sul rispettivo disvalore. Gli unici elementi di reale differenziazione oggettiva consistevano infatti nel *nomen* dell'evento pregiudizievole, su cui si tornerà *infra*, e nella sussistenza di una previa dazione o offerta di utilità, con la paradossale conseguenza che l'atto compiuto in presenza di un generico conflitto di interessi sarebbe stato punito in maniera più grave dell'atto contrario ai doveri d'ufficio sintomo di un'infedeltà frutto di un accordo illecito e contrario ai doveri di fedeltà e di etica nella gestione d'impresa, etica da valutarsi non in base ad astratte valutazioni moralistiche sulla gestione degli affari, bensì sui rischi concreti di condotte "imitative" e costituenti un clima favorevole ad ulteriori offese agli interessi in gioco.¹⁰⁷

¹⁰⁵ È stata così riconosciuta la responsabilità per infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità in capo al dirigente di una multinazionale per aver stipulato in frode alla società di appartenenza contratti altamente aleatori con e a vantaggio dei vertici di istituto bancario dietro il pagamento di percentuali sul valore di ogni singolo affare. La titolarità di poteri gestori di fatto e la mancanza di un diretto interesse dell'imputato nei ricavi illeciti dell'istituto bancario hanno orientato il collegio giudicante a inquadrare le operazioni contestate nell'alveo degli articoli 2635 e 2639 C.c. piuttosto che in quello dell'infedeltà patrimoniale (Trib. Udine, n. 952 del 4 Settembre 2013).

¹⁰⁶ Per la ricostruzione che segue si rinvia a MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, CEDAM, Padova, 2002, 499 ss; SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società*, UTET, Torino, 2003, 271 ss.

¹⁰⁷ La sproporzione tra le pene previste per i due reati avrebbe inoltre potuto determinare una violazione dell'articolo 49 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali e la conseguente questione di legittimità ai sensi dell'art. 117 della Costituzione. La disposizione comunitaria assume infatti il principio di proporzionalità delle pene a condizione di razionalità e garanzia del diritto penale nell'Unione Europea.

C'è chi tuttavia ha individuato nella qualifica del dolo una giustificazione alla maggior gravità sanzionatoria dell'art. 2634: il maggior disvalore dell'infedeltà risiederebbe infatti nella "intenzione" di arrecare un danno alla società di appartenenza, mentre l'originaria statuizione dell'art. 2635 identificava la volizione dell'evento in termini di mero dolo generico e di accettazione del rischio.

Sull'argomento si rinvia a ZOLI L., *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 cc. Tra vecchia e nuova formulazione della "corruzione tra privati"*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 3-4/2014, 6.

Come si vedrà più dettagliatamente *infra*, fu necessario più di un decennio perché la giurisprudenza della Suprema Corte tracciasse i parametri distintivi delle due fattispecie in maniera chiara e definitiva.¹⁰⁸

Infine, la previsione della procedibilità a querela, se da un lato pose la pietra tombale su ogni valutazione opportunistica rispetto ad una possibile lettura “istituzionale” del patrimonio sociale, dall’altro andò a fugare i dubbi residuali sulla reale capacità (o intenzione) del legislatore italiano di adeguarsi alle preoccupazioni dominanti dell’Unione Europea e del Consiglio d’Europa, volte ad indirizzare l’azione comune degli Stati nella tutela penale della corruzione economica verso l’attività privatistica *tout court* (e non solo societaria) nonché verso beni indisponibili ed esterni al singolo patrimonio societario quali la concorrenza libera e leale e l’affidamento dei terzi sulla corretta aggiudicazione ed esecuzione di un contratto.¹⁰⁹

Nonostante non siano mancate le reazioni positive all’introduzione di una fattispecie che, comunque rubricata, per la prima volta andava a sanzionare quella che strutturalmente si presentava come una vera e propria corruzione all’interno delle società, come dimostrava la previsione della punibilità per “chi dà o promette utilità”,¹¹⁰ la lettura della dottrina maggioritaria qualificò la disposizione come “un’occasione mancata del nostro legislatore di introdurre una forma di corruzione *inter privatos*, in conformità delle istanze di adeguamento internazionali ed estere”.¹¹¹

3. I beni giuridici tutelati.

Come si evince dalle già citate relazioni di accompagnamento al Progetto di legge Mirone e al successivo decreto legislativo 61 del 2002, oggetto esclusivo della tutela penale dell’articolo 2635 C.c. nella sua prima formulazione doveva essere considerato il patrimonio societario, sulla scorta di un’ideale, e tuttavia mai

¹⁰⁸ Si fa riferimento alla sentenza Cass Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012 n. 5848.

¹⁰⁹ Il legislatore del 2002 avrebbe invero potuto tener conto del modello “negativo” rappresentato dalla figura di corruzione privata prevista originariamente dal §12 della Legge contro la concorrenza sleale tedesca (*Angestelltenbestechung*), perseguibile a querela di parte e rimasta lettera morta nei reperti giurisprudenziali.

¹¹⁰ In tal senso si rinvia a CRISTIANI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in CANZIO G., CERQUA L., LUPARIA L., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003, 179 ss, secondo il quale è di “tutta evidenza che, essendo la *species* a prevalere sul *genus*, è a quella che l’operatore giuridico deve fare riferimento”.

¹¹¹ Così PERRONE D., *op. cit.*, 769 ss.

concretizzatasi, linea di progressività dell'offesa al bene tutelato dalla fattispecie di "infedeltà patrimoniale". Sulla scia del dato letterale emerso dai lavori preparatori, la dottrina ha dal canto suo confermato quasi all'unanimità la prevalente finalità di tutela del patrimonio sociale adottata dal legislatore.

Alla luce dell'interpretazione autentica, la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio non rilevava di per sé, ma solo in quanto strumentale al pregiudizio occorso al patrimonio sociale. Benché la *ratio* della norma andasse certo ravvisata nell'esigenza di reprimere forme di *mala gestio* societaria connesse ad un fenomeno corruttivo e deviante dalla corretta considerazione degli interessi della società, la lealtà nei rapporti sociali, funzionale al buon andamento societario, rimaneva sullo sfondo, restando funzionalizzata alla tutela del patrimonio della società.¹¹²

Non è mancata tuttavia la tesi, minoritaria, di chi ha assunto la correttezza contrattuale e la lealtà negli atti di gestione da parte del soggetto attivo nei confronti della società al rango di beni giuridici primario, in linea con il modello di tutela "lealístico-fiduciario" adottato nella tradizione legislativa franco-anglosassone in tema di corruzione privata societaria.¹¹³

Questa seconda tesi a ben vedere troverebbe però un avallo nella stessa configurazione della fattispecie quale corruzione propria antecedente e nella mancanza di figure in cui l'atto oggetto di compravendita è conforme ai doveri dell'ufficio ricoperto.

Ferma restando l'esclusione di interessi istituzionali e pubblicistici dal novero dei beni tutelati, la scelta di incanalare la tutela in una dimensione intrinsecamente privatistica e societaria rendeva giocoforza irrilevanti anche gli eventuali danni

¹¹² Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati*, 233. Hanno condiviso questa impostazione anche ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in LANZI A., CADOPPI A. (a cura di), *I nuovi reati societari*, CEDAM, Padova, 2007, 212; AMATI E., *op. cit.*, 433 ss.; FOFFANI L., *Le infedeltà*, 367; MELCHIONDA A., *Art. 2635*, in *Giur. It.*, 2012, 2699.; MILITELLO V., *Fondi neri*, 918 ss.; SPENA A., *La corruzione privata.*, 701 ss; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 310.

Ha espresso invece i suoi dubbi sulla natura meramente patrimoniale del bene tutelato SANTORIELLO C., *op. cit.*, 272.

¹¹³ La tesi *de qua* è stata sostenuta da CRISTIANI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in CANZIO G., CERQUA L., LUPARIA L., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003, 179 ss. Secondo l'autore, la previsione di un documento alla società avrebbe dunque giocato un ruolo di semplice discriminare, sul piano della rilevanza dei beni giuridici coinvolti, tra l'articolo 2635 C.c. e la fattispecie di corruzione propria ai sensi del vecchio articolo 319 C.p., nel quale la condotta del pubblico ufficiale è già di per sé sufficiente a ledere l'interesse protetto senza la necessità di un evento naturalistico dannoso.

causati dal *pactum sceleris* ai soci *uti singoli* ovvero a terzi, i quali avrebbero più opportunamente dovuto ricorrere ai rimedi satisfattori previsti dal diritto privato e dal diritto commerciale.

Come è stato sottolineato da autorevole dottrina, la criminalizzazione dell'infedeltà patrimoniale in seguito all'accettazione di tangenti avrebbe infatti consentito la tutela degli interessi dei terzi solo nel caso in cui fosse riscontrabile un previo conflitto di interessi tra agente ed ente di appartenenza. Viceversa, laddove l'atto compiuto dietro l'illecito corrispettivo, ancorché lesivo degli interessi di soggetti estranei alla società, si fosse concretizzato in un'ottica di conseguimento di un obiettivo rientrante nell'ambito dell'oggetto sociale, la statuizione dell'articolo 2635 C.c. sarebbe rimasta lettera morta.¹¹⁴

Effettivamente una tutela penale imperniata esclusivamente sulla tutela di interessi interni alla società rendeva la pionieristica fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità del tutto inidonea nel contrastare quelle corruzioni sono potenzialmente tra le più dannose per il mercato ed i consumatori, ossia le corruzioni dei fornitori, le quali non a caso hanno rappresentato uno dei principali *file rouges* dello studio delle prassi illecite nell'ambito della criminalità dei colletti bianchi e oggi costituiscono una delle maggiori criticità che la *compliance* aziendale mira a prevenire.¹¹⁵ Queste forme di *pactum sceleris* possono essere infatti ben tollerate dall'impresa per cui agisce il soggetto corrotto, tenendo conto del fatto che spesso essa ne trae non un danno bensì un reale vantaggio, potendo avvalersi di indebiti trattamenti di favore da parte del fornitore (nella forma di una riduzione dei prezzi, di un rifiuto di contrattare con altre imprese concorrenti ovvero di una vendita di prodotti di minore qualità a queste ultime se non anche nella forma di un indebito credito Iva nei casi di un accordo indebito sottostante ad una frode "carosello").¹¹⁶

¹¹⁴ Così FORTIG., *op. cit.*, 1162 ss.

¹¹⁵ La corruzione del fornitore è stabilmente inserita tra le fonti di rischio nell'ambito delle società commerciali. Le stesse Linee Guida di Confindustria (2014) hanno identificato come fattispecie tipica quella del Direttore generale di una società cliente che accetta di favorire i prodotti di un fornitore rispetto ad altri di migliore qualità di un concorrente.

¹¹⁶ Nelle frodi carosello, che sfruttano il regime di non imponibilità delle operazioni intra-comunitarie ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, è abbastanza fisiologico che l'acquirente, c.d. *broker*, sia consapevole dell'operazione fraudolenta compiuta dal suo venditore estero e dalla società cartiera interposta tra le due controparti, la quale acquista senza Iva il bene dall'interponente per poi rivenderlo nel suo Stato effettuando la rivalsa, senza tuttavia versare l'imposta. Dall'altro lato, il compratore acquisterà un credito da utilizzare in detrazione riferibile tuttavia ad un Iva mai versata. Ai fini di evitare le frequenti frodi Iva intracomunitarie, la Corte di Giustizia e la stessa Cassazione hanno

È pacifico come tali ipotesi non potessero trovare cittadinanza nello statuto penale della corruzione tra privati delineato nel 2002, in quanto rispetto alla corruzione del fornitore l'esigenza di un documento per la società appariva del tutto disfunzionale alla tutela degli interessi esterni all'ente, in particolare quelli del fisco nazionale e comunitario (qualora la corruzione sia funzionale ad una frode Iva), quelli delle imprese concorrenti escluse dall'accordo criminoso e dei potenziali consumatori di prodotti o servizi di una qualità inferiore, i quali sarebbero stati indirettamente tutelati solo qualora la corruzione del fornitore avesse cagionato un documento economicamente valutabile alla società corrotta dal fornitore.¹¹⁷

L'adesione da parte del legislatore del 2002 ad un modello di tutela improntato *tout court* sulla protezione del patrimonio sociale sarebbe comunque confermato da tre ordini di ragioni. In primo luogo, la condotta criminosa deve tradursi nella commissione o nell'omissione di atti in violazione di obblighi d'ufficio, le sole condotte potenzialmente idonee a cagionare un danno al patrimonio della società.¹¹⁸

Questa *ratio*, tuttavia, da sola non può giustificare la scelta di orientare la tutela penale verso il patrimonio, che ben potrebbe subire un danno anche a seguito di atti che, ancorché sconsiderati, non per forza concretizzerebbero una violazione del dovere di lealtà connesso all'ufficio ricoperto nell'organizzazione societaria.

In secundis, dunque, affinché l'episodio corruttivo possa essere penalmente rilevante, è necessario che quest'ultimo sia l'antecedente causale di un necessario "documento" alla società, il quale costituisce il momento consumativo del reato, andando a segnare definitivamente l'abbandono da parte del legislatore del 2002 della linea adottata dal precedente progetto Mirone, protesa verso connotati di sola pericolosità.¹¹⁹ Il documento tuttavia non si realizza direttamente in seguito all'atto, bensì mediante un

negato il diritto di detrazione al soggetto consapevole della frode. Sul tema si rinvia a TESAURO F., *op. cit.*, 272 ss.

¹¹⁷ Sul tema della corruzione dei fornitori si rinvia a BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *op. cit.*, 435 ss.

¹¹⁸ Se la *ratio* primaria di tale incriminazione risiedesse nel disvalore etico dell'accordo corruttivo in sé, non si vedrebbe infatti il motivo per cui non contemplare nel fatto tipico anche la compravendita dell'atto conforme ai doveri d'ufficio, che ben configura invece la corruzione impropria pubblicistica. Improntando la tutela su un piano privatistico e interno alla società, una criminalizzazione della corruzione privata impropria costituirebbe invece un'eccessiva ingerenza del diritto penale nell'esercizio dell'attività d'impresa (e quindi lesiva dell'art. 41 della Costituzione), nonché un'inaccettabile limitazione dell'autodeterminazione di tutti quei soggetti che operano alle dipendenze di un principale.

¹¹⁹ PERRONE D., *op. cit.*, 772 ss.

passaggio intermedio, ossia la dazione o la promessa di utilità: esse devono, viziando il processo motivazionale dell'atto, determinare il compimento o l'omissione di questo; da tale commissione od omissione deve poi derivare un pregiudizio alla società.

Infine, benché sull'argomento sia opportuno rimandare a più specifica trattazione *infra*, la scelta di subordinare la procedibilità alla proposizione della querela della società significava rimettere la tutela penale nella piena discrezionalità del soggetto leso¹²⁰, escludendo l'instaurazione di un procedimento qualora l'unica parte offesa fosse stata un'impresa concorrente o un consumatore.

Se la formulazione originaria dell'articolo 2635 C.c. non lascia spazio a considerazioni su un interesse tutelato esterno alla società, l'aggravante di cui al terzo comma introdotta dalla legge sulla tutela del risparmio del 2005 sembra avere invece aperto spiragli verso una, seppur parziale, tutela degli interessi, privatistici, di soggetti terzi: l'unica ragione plausibile che giustificerebbe l'aumento di pena in caso di infedeltà patrimoniale, o corruzione tra privati, a danno di una società quotata o con strumenti finanziari diffusi in maniera rilevante non può che risiedere proprio nella protezione di quel maggior numero di soggetti, siano essi soci, creditori o imprenditori concorrenti, che ripongono un affidamento verso la corretta e trasparente gestione di tali enti da parte degli organi di *governance*; in altre parole, il nocimento al patrimonio di una società con titoli diffusi tra il pubblico, almeno indirettamente, sarebbe foriero di conseguenze pregiudizievoli per un novero di *stakeholders* molto più ampio di quelli che potrebbero ruotare intorno ad una piccola SRL o una società di persone.

Sul tema dell'oggettività giuridica dell'originaria fattispecie di corruzione privata intervenne successivamente la Suprema Corte con una pronuncia sicuramente innovativa e in un certo senso riformatrice dell'orientamento consolidatosi in dottrina sulla quale si tornerà meglio nelle pagine seguenti.¹²¹

¹²⁰ MUSCO E., *I nuovi reati*, 232.

¹²¹ Cfr. Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, n. 5848.

3.1. Il rapporto tra interesse tutelato ed evento: il “nocumento” alla società.

L'interpretazione del termine “nocumento” ha generato non pochi problemi sia in dottrina che in giurisprudenza; il dibattito è stato ulteriormente stimolato dai richiami provenienti dalla dimensione sovranazionale, tra cui spiccano i rapporti del GRECO e le relazioni della Commissione dell'Unione Europea, aventi ad oggetto il mancato adeguamento della normativa italiana alle numerose sollecitazioni in tema di corruzione tra privati.

Non va dimenticato infatti che la previsione di un danno patrimoniale alla società non è contenuta in alcuno dei documenti adottati in seno agli organismi di diritto internazionale e comunitario, orientati verso modelli di tutela affatto differenti.¹²²

Prima del perentorio intervento della Suprema Corte, la *querelle* in merito all'oggettività giuridica dell'articolo 2635 C.c. e alla nozione di “nocumento” si articolò su differenti impostazioni dottrinali, legate comunque tra loro dal comune denominatore della presa d'atto dei pericoli di genericità ed eccessiva discrezionalità applicativa che si celavano dietro l'ampiezza qualitativa e quantitativa del termine.¹²³

Una prima interpretazione in senso esteso faceva rientrare nella definizione di “nocumento” anche eventi pregiudizievoli “indirettamente” patrimoniali, intesi in chiave disfunzionale, quali la perdita di un cliente, la perdita di una *tranche* di mercato¹²⁴ o altri generici danni reputazionali che sarebbero potuti derivare anche dalla “sola divulgazione della notizia delle infedeltà degli organi di gestione, ovvero della scorrettezza delle scelte gestionali che hanno caratterizzato l'operato dell'ente, sia pure in materia fiscale, giuslavoristica o ambientale, e ciò per il discredito

¹²² Le riserve contenute nell'articolo 3 c.2 dell'Azione comune 98/742/GAI e nell'articolo 3 c.1 della Decisione Quadro 2003/568/GAI prevedevano infatti la sola possibilità di prevedere la punibilità per quelle condotte che potessero creare un danno alla leale concorrenza o agli interessi di terzi attraverso una non corretta aggiudicazione od esecuzione di un contratto.

¹²³ Così MUSCO E., *I nuovi reati*, 235, secondo il quale una omogeneizzazione del linguaggio normativo dell'art. 2635 a quello adoperato dall'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 (che contempla quale evento il più determinato “danno”) avrebbe disinnescato il rischio di estensioni del significato del nocumento alla società che vanno oltre le intenzioni del legislatore.

Nello stesso senso CRISTIANI A., *op. cit.*, 184, che, pur accettando la *voluntas legis* obiettivamente emergente sottolinea come l'ampiezza del termine “nocumento” si prestasse a dilatazioni giurisprudenziali facilmente prevedibili, in quanto superiore a quella del “danno”.

Sul medesimo punto v. anche FAIELLA S., *La corruzione tra privati*, in AA. VV. *Diritto penale dell'economia. Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Utet Giuridica, Milano, 2017, 266, per il quale il riferimento generico al nocumento in quanto tale rischia di mancare di qualsivoglia portata selettiva, potendo essere arricchito solo dalla non consentita interpretazione creativa.

¹²⁴ Cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari I*, XIV ed, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, Giuffrè, Milano, 2013: 342 ss.

complessivo che da simili notizie può derivare alla società, ed in particolare a quelle quotate in borsa”.¹²⁵

La stessa aggravante introdotta al comma terzo nel 2005 sembrerebbe del resto spingere verso un’interpretazione lata di “nocumento”, comprendente anche la diminuzione del prestigio della società con strumenti diffusi verso il pubblico di *players* del mercato in cui queste operano e la conseguente perdita di affidamento da parte di questi ultimi.

Un’altra tesi, seguendo una linea più rigida, ha invece interpretato la formula linguistica adottata dal legislatore come “danno patrimoniale”, ritenendo che un riferimento anche a pregiudizi di carattere non economico avrebbe determinato un’ingiustificata differenza con l’art. 2634 e conseguenze negative in ordine alla sfera di applicazione della fattispecie.¹²⁶ Quest’orientamento è stato ulteriormente arricchito da quella dottrina che ha ricompreso nel nocumento anche il “lucro cessante”, individuando così un *quid pluris* del solo “danno emergente” contemplato dall’articolo 2634; secondo questa tesi, il pregiudizio tipico di un’infedeltà sarebbe infatti rappresentato dal mancato guadagno per la società.¹²⁷

Una terza via è stata seguita infine da chi ha interpretato la necessaria patrimonialità del nocumento nella forma di ogni pregiudizio “economicamente valutabile”, essendo il perseguimento di un profitto lo scopo tipico delle società commerciali destinatarie delle disposizioni dell’originaria rubrica del Titolo XI.

Adottando questa soluzione di compromesso, in assenza di un danno patrimoniale diretto solamente una valutazione in termini economici dell’evento potrebbe disinnescare il rischio di un censura di indeterminatezza e di strumentalizzazione della fattispecie per colpire condotte prive di concrete ripercussioni negative per la società. In questo senso anche la lesione dell’immagine o della capacità

¹²⁵ Così MARTINI A., *op. cit.*, 528, il quale tuttavia ammette che il legislatore avrebbe potuto più opportunamente descrivere l’evento in termini più specifici nel senso di danno patrimoniale della società, sia esso un danno emergente o lucro cessante anche derivante dalla perdita di posizioni sul mercato.

¹²⁶ Così SANTORIELLO C., *op. cit.*, 275.

¹²⁷ Cfr. MACCARI A.L., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in GIUNTA F. (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Giappichelli, Torino, 2002, 178.

concorrenziale della società potranno assumere rilevanza ai fini dell'articolo 2635 C.c. solo se in possesso del requisito della valutabilità economica.¹²⁸

3.2. L'intervento della Cassazione sulla definizione di "nocumento".

La tematica in esame consente di operare una digressione giurisprudenziale e di volgere lo sguardo verso uno dei pochissimi interventi della Suprema Corte aventi ad oggetto l'articolo 2635 del Codice civile e che ad oggi rappresenta l'unico orientamento in merito all'oggettività giuridica della corruzione privata, elemento che rende l'idea della reale portata applicativa del reato di corruzione societaria delineato dal legislatore del 2002.

La sentenza in esame è la n. 5848, pronunciata dalla V sezione nel 13 novembre 2012 e depositata nel febbraio del 2013¹²⁹, più di un decennio dopo l'introduzione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, la quale nello stesso periodo veniva tra l'altro modificata senza fortuna dalla l. 190 del 6 novembre 2012.

È opportuno inoltre constatare come la massima *de qua* non statuisca su un ricorso di merito, bensì sull'ordinanza con la quale il Tribunale di Milano aveva rigettato una richiesta di riesame ex art. 309 c.p.p. di una custodia cautelare in carcere emessa a carico di un soggetto indagato per associazione a delinquere ai sensi dell'art. 416 C.p. e concorso in infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità aggravata ai sensi dell'art. 2635 comma terzo del Codice.

Più specificatamente, la vicenda processuale riguardava l'esistenza di un presunto sodalizio criminoso tra soggetti titolari di cariche all'interno di istituti preposti all'erogazione di credito, professionisti e uomini politici, volto a garantire ad imprenditori operanti nel settore del gioco d'azzardo su concessioni pubbliche, tra cui figurava il ricorrente, l'ottenimento di contratti, finanziamenti e altre

¹²⁸ La tesi citata è stata sostenuta da AMATI E., *op. cit.*, 444. L'autore evidenzia tra l'altro come solo la considerazione economica del nocumento consentirà al giudice di valutare il danno potenziale secondo i requisiti della gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 192 c.p.p.

¹²⁹ V. Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, n. 5848, Presidente ZECCA G., Relatore MICHELI P. Nel corso della stessa udienza, e sempre con riferimento al tema di "nocumento" sono state pronunciate le sentenze Cass. Pen. V, del 13 Novembre 2012, nn. 14765 e 14766, aventi ad oggetto i ricorsi presentati da altri due indagati nel medesimo procedimento.

Tra le altre pronunce giurisprudenziali in merito all'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità si ricorda la già citata sentenza del Tribunale di Udine n. 952/2013. Sul punto si rinvia a ZOLI L., *op. cit.*

agevolazioni in cambio del versamento effettivo o della promessa di somme di denaro, dissimulate da contratti e false fatture, da parte degli stessi imprenditori.

L'articolo 2635 C.c. emergeva nella parte in cui si ipotizzava che due soggetti apicali presso la Banca Popolare di Milano si fossero resi responsabili, con il concorso dell'imprenditore ricorrente in qualità di *extraneus*, del reato di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità al fine di favorire il gruppo di società rappresentato dallo stesso ricorrente nelle pratiche di concessione e gestione del credito bancario, violando i doveri di fedeltà relativi al rapporto di amministrazione e direzione della società quotata nel mercato regolamentato italiano. In particolare, i due direttori avrebbero creato all'interno dell'istituto di credito una struttura parallela ricevendo dall'*extraneus* pagamenti corruttivi in cambio dell'erogazione indebita di finanziamenti, con conseguente pregiudizio per la società bancaria di appartenenza. Il giudice di merito aveva interpretato tuttavia il "nocumento" nel senso di un pregiudizio giuridicamente rilevante che nel caso di specie si era manifestato nella forma di un danno all'immagine causato dalla violazione della riservatezza.

Nei motivi del ricorso veniva pertanto dedotta proprio l'erronea interpretazione del dato normativo dell'art. 2635 C.c. da parte del Tribunale.

Secondo i difensori dell'indagato, il requisito del nocumento avrebbe dovuto riferirsi non già alla semplice condotta di accettazione della promessa o della dazione di utilità, bensì all'atto compiuto in violazione ai doveri di ufficio, con la conseguenza che non potrebbe ritenersi verificato l'evento a seguito del mero discredito reputazionale dell'ente a causa del disvelamento della sleale attività dell'organo apicale; inoltre, anche se si fosse ammesso che la nozione di nocumento possa essere più ampia di quella di danno prevista dall'art. 2634, avrebbe dovuto comunque ritenersi necessario che la lesione degli interessi dell'ente fosse giuridicamente apprezzabile e che comunque non potesse prescindere da una connotazione di patrimonialità (come del resto, secondo la difesa, si sarebbe dovuto evincere sia dagli stessi lavori preparatori del d.lgs. 61/2002, sia dalla necessità di allineare la previsione di cui all'art. 2635 C.c. con la diversa fattispecie di infedeltà patrimoniale). In sostanza, secondo la difesa l'interesse tutelato consisteva nell'assetto patrimoniale della società, ancorché inteso come corretto esercizio delle

cariche sociali nel senso di una gestione finalizzata ad evitare ricadute negative sul patrimonio.

Nella valutazione dei motivi, la Corte prendeva effettivamente atto della criticità giuridica dell'interpretazione della nozione di “nocumento” contenuta nel precetto normativo.

Il ragionamento del Giudice di legittimità muoveva dalla constatazione che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di infedeltà a seguito di una corruzione dovesse, ad una prima e sommaria lettura, essere identificato nel patrimonio sociale e non nella salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli amministratori (che è interesse tutelato nel modello criminale “lealístico-fiduciario” adottato, tra gli altri, dall'ordinamento francese). A sostegno di questa tesi, la Corte rinviava alla relazione introduttiva del d.lgs. 61/2002, che confermavano l'orientamento della tutela penale in chiave di protezione del patrimonio sociale, analogicamente con la fattispecie di infedeltà di cui all'articolo 2634.

Atteso che il bene tutelato fosse il patrimonio della società, il collegio giudicante si chiedeva tuttavia che rilevanza potesse presentare una diversa connotazione dell'evento attraverso l'utilizzo del termine “nocumento” al posto di quello di “danno patrimoniale” previsto dalla fattispecie antecedente.

Partendo da questo presupposto la Corte riteneva fallace la tesi difensiva secondo cui il “nocumento” non fosse da interpretarsi in altro modo che “danno patrimoniale”, in quanto una tale constatazione avrebbe allineato erroneamente due fattispecie in verità affatto differenti dal punto di vista del fatto tipico e dei soggetti attivi.¹³⁰

La Suprema Corte proseguiva con una disamina delle interpretazioni di volta in volta fornite dalla giurisprudenza di legittimità in merito ai contorni definitivi del termine “nocumento” contenuto in altre fattispecie, i cui esiti portavano alla pacifica esclusione della sinonimia tra i due termini descrittivi dell'evento pregiudizievole¹³¹

¹³⁰ In tal senso si legge nella sentenza “Va allora ribadito, come già avvertito pagine addietro, che le due norme disegnano fattispecie astratte sensibilmente differenti, richiedendosi l'adozione di atti dispositivi di beni sociali solo nella prima, mentre nella seconda possono assumere rilievo anche condotte di mera omissione di atti dovuti: diversi sono i potenziali soggetti attivi, limitati per l'infedeltà patrimoniale soltanto a coloro che abbiano poteri di gestione diretta dei beni della società, ed estesi nell'art. 2635 C.c. fino a comprendere sindaci, responsabili della revisione e dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari.”

¹³¹ In tema di patrocínio infedele ex art. 380 C.p., la Corte sottolineava come il nocumento previsto dalla fattispecie non dovesse essere inteso soltanto come un vero e proprio danno patrimoniale, ma anche riferito al mancato conseguimento di benefici di natura morale che la parte avrebbe tratto

anche nei casi in cui la norma presa in esame tutelasse prevalentemente interessi di natura patrimoniale. Più in particolare, nella motivazione la Corte escludeva che il diritto penale societario fosse posto a tutela di interessi di natura esclusivamente patrimoniale (come invece deducevano i difensori del ricorrente), ma che il bene giuridico protetto dovesse valutarsi con riferimento alla singola disposizione incriminatrice.¹³²

Il Giudice di legittimità concludeva quindi affermando che l'uso della locuzione di "nocumento" nella fattispecie di cui all'articolo 2635 C.c. consentisse di superare i confini di un danno di natura strettamente patrimoniale per andare ad includere anche pregiudizi differenti (come ad esempio il danno all'immagine della società, o al corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo, fisiologiche alla gestione dell'impresa), purché in ogni caso effettivamente verificatisi.¹³³ Detti pregiudizi potrebbero effettivamente conseguire comunque alla lesione di beni suscettibili di valutazione economica (posto che un danno all'immagine o reputazionale lo sarebbe senz'altro) ma non per forza immediata a differenza di quanto accade nei casi di diminuzione patrimoniale *stricto sensu*.

A sostegno dell'ampia interpretazione del termine "nocumento" la Corte forniva un ragionamento articolato su tre punti.

In primo luogo veniva effettuato un rinvio ai due pilastri comunitari in materia di corruzione privata commerciale (Azione Comune 98/742/GAI e Decisione Quadro 2003/568/GAI), il cui ambito di tutela minima, come più volte messo in luce nelle pagine precedenti, "arriva dunque a prescindere integralmente da qualsivoglia

qualora il patrocinator si fosse comportato lealmente; *amplius*, la Corte rinviava ad una pronuncia in merito al reato di rivelazione del contenuto di documenti segreti (art. 621 C.p.) nel quale nocumento è stato inteso quale pregiudizio giuridicamente rilevante di qualsiasi natura. In materia di trattamento dei dati personali, un'altra sentenza aveva interpretato il nocumento di cui all'art. 163 del d.lgs. 196 del 2003 alla luce del principio di offensività in concreto della condotta: in questo senso, il "nocumento" (letteralmente "atto del nuocere") coincide con l'effettività ed incidenza dell'evento lesivo causato dal danno.

¹³² In conseguenza la Corte riconosceva la natura "patrimoniale" del danno ai creditori contemplato dagli artt. 2929 (operazioni in pregiudizio dei creditori) e 2633 C.c. (indebita ripartizioni dei beni sociali da parte dei creditori), in considerazione della peculiarità dei soggetti su cui parametrare la lesione; al contrario, non dovrebbero considerarsi esclusivamente patrimoniali il "danno ai soci" previsto dall'art. 2625 (impedito controllo) o "i danni alla società o ai terzi" che possono derivare dalla violazione dell'obbligo degli amministratori di comunicare il conflitto di interessi ai sensi del combinato disposto degli artt. 2391 e 2629bis C.c.

¹³³ La Corte infatti, come emerge dalla sentenza, non dubitava assolutamente della natura di reato ad evento della fattispecie di infedeltà ex art. 2635.

prospettiva di danno patrimoniale”, essendo orientato al contrario verso la prevenzione di condotte distorsive della concorrenza e foriere di danni a terzi.

In secondo luogo, il Giudice di legittimità giustificava il suo approccio ermeneutico richiamando l’articolo 2640 C.c.¹³⁴, il quale contempla un attenuante in caso di tenuità dell’offesa, a prescindere dal *nomen* dell’evento pregiudizievole previsto dalle singole norme. Detta attenuante, rispetto alle fattispecie di diritto penale societario, deve infatti considerarsi in rapporto di specialità rispetto a quella prevista dall’art. 62 n.4 C.p.¹³⁵ (la cui applicazione era stata invocata dalla difesa).

La Corte affermava di conseguenza che “qualora il diritto penale societario dovesse realmente intendersi orientato alla tutela di esclusivi o comunque imprescindibili interessi di natura patrimoniale, il legislatore non avrebbe avuto ragione di prevedere un’attenuante ad hoc, essendo a quel punto già applicabile la circostanza comune”.

Ad ultimo, la Suprema Corte coglieva l’opportunità di salutare con favore la riforma operata nei medesimi giorni dalla l. 190 del 2012, la cui innovazione di maggiore significato sembrava consistere nella riconosciuta rilevanza di violazioni anche di obblighi di fedeltà, aprendo così la strada verso una concezione lealistica della *ratio* dell’incriminazione. In questo senso, la conferma della necessità del “nocumento” per la società da parte della novella del 2012, avrebbe avvalorato la tesi secondo cui la norma in esame mirasse già nella prima alla repressione di forme di *mala gestio* tali da determinare deviazioni al fisiologico andamento delle attività della società, prima ancora ed a prescindere da lesioni all’integrità del patrimonio della stessa.

Concludendo, la ricostruzione della *ratio legis* operata dalla Corte ha così permesso a quest’ultima di estendere la propria interpretazione del termine oggetto della *querelle* a forme di pregiudizio svincolate da lesioni al patrimonio sociale (purché valutabili in termini economici) e al contempo causalmente derivate dal mero venir meno della correttezza nella gestione dell’attività economica dell’ente.

¹³⁴ Art. 2640 C.c.: “Se i fatti previsti come reato agli articoli precedenti hanno cagionato un’offesa di particolare tenuità la pena è diminuita”.

¹³⁵ Art. 62 C.p.: “Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 4) l’aver nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l’aver agito per conseguire o l’aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l’evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità.

Pur esponendosi alle critiche fisiologiche di chi, anche a ragione, paventa il rischio legato all'eccessiva genericità e indeterminatezza insite nel termine "nocumento", non può negarsi che la sentenza 5848 abbia finalmente spezzato il silenzio giurisprudenziale che ha accompagnato l'articolo 2635 C.c. fin dagli albori e abbia del resto fornito utili spunti per una più completa disamina degli altri aspetti normativi del reato di corruzione tra privati.

3.3. Considerazioni sul modello "patrimonialistico".

Sia consentita a questo punto una riflessione più estesa in merito al modello penalistico incentrato sulla tutela del patrimonio sociale, adottato dalla fattispecie di corruzione privata fino al 2017.

Sono già state ampiamente esaminate le critiche rivolte al nostro paese da parte delle forze politiche sovranazionali a causa della natura di reato ad evento che ha connotato la corruzione privata societaria tanto nella formulazione originaria quanto in quella successiva alla riforma della l. 190 del 2012.

Invero, le censure delle forze politiche europee devono essere interpretate tenendo conto della preoccupazione di queste ultime rispetto all'adeguamento degli ordinamenti penali nazionali ai loro richiami; preoccupazione che, come è stato più volte ripetuto, è rivolta *tout court* alla tutela di terzi esterni alla società, alla libertà della concorrenza nelle sue accezioni micro e macro-economiche ed infine alla stabilità delle economie statali.

Se si considera la rilevanza di questi interessi, allora certamente la corruzione tra privati potrebbe giustificarsi come reato di pericolo oggetto di una tutela anticipata.

Assumendo però il patrimonio, ovvero, sulla base di una più estesa interpretazione del termine "nocumento", gli interessi economicamente valutabili della società quali beni giuridici tutelati dalla fattispecie, la scelta di subordinare la punibilità al verificarsi di un evento dannoso diventa condivisibile alla luce delle stesse garanzie del diritto penale.

Il bene "patrimonio" non possiede infatti una consistenza sufficiente a giustificare la criminalizzazione di condotte che, rispetto ad esso, siano foriere di una carica di pericolosità del tutto astratta e remota. Come è stato evidenziato in dottrina, l'anticipazione della soglia di punibilità al semplice accordo corruttivo, ancorché pericoloso per il patrimonio, non seguito dal compimento dell'atto e dal nocumento

potrebbe determinare una fattispecie eccezionale di accordo punibile, in deroga all'articolo 115 del Codice penale, assolutamente non giustificato dalla rilevanza del bene minacciato dall'accordo corruttivo.¹³⁶

La previsione di un evento dannoso risulta così più coerente con la scelta di tutelare un interesse patrimoniale totalmente interno alla società.

L'altra faccia della medaglia di un simile, e anche condivisibile, discorso è tuttavia costituita dal venir meno dell'unico reale elemento di distinzione della fattispecie *de qua* con l'infedeltà patrimoniale. Si ritorna così al discorso affrontato *supra* in merito alle criticità del rapporto con l'articolo 2634 C.c.

Se l'accordo corruttivo viene infatti sanzionato solo in quanto causalmente orientato alla realizzazione di un nocumento al patrimonio della società, cosa può aggiungere il riferimento all'accordo corruttivo in termini di offesa al bene tutelato?

L'unico elemento che impedirebbe di individuare nell'art. 2635 C.c., nella sua originaria impostazione, un duplicato inutile dell'infedeltà patrimoniale (nel caso in cui soggetto attivo sia l'amministratore) risiederebbe a questo punto nell'origine corruttiva dell'atto e nel contenuto, esclusivamente etico, di riprovevolezza ulteriore che l'idea di corruzione si porta dietro.¹³⁷

Va comunque preso atto che la previsione del nocumento alla società avrebbe comunque svuotato il mercimonio dell'atto di ogni potenziale disvalore nel caso in cui alla percezione o promessa di compensi indebiti non avesse seguito un reale pregiudizio per la società o addirittura qualora quest'ultima avesse tratto dei benefici dall'accordo illecito. Questa constatazione consente inoltre di far venire in luce un elemento normativo che, almeno fino alla recente riforma, ha rappresentato una delle contraddizioni più vistose dell'art. 2635 C.c, ossia la comminazione della stessa pena al corrotto e al corruttore: siffatta soluzione sarebbe certamente coerente in una prospettiva di tutela della concorrenza o dei terzi, rispetto alla quale le due condotte presenterebbero il medesimo grado di disvalore, ma risulta ingiustificabile nell'ottica di tutelare il patrimonio sociale o, in una visione più ampia, la correttezza del processo motivazionale degli atti d'ufficio da parte dell'*intraneus*.

¹³⁶ Cfr. SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 816.

¹³⁷ *Ibidem*, 820.

4. I soggetti attivi.

Coerentemente con l'impostazione ispiratrice dei reati del Titolo XI del Codice civile, anche l'art. 2635 introdotto dalla novella del 2002 disegnava una fattispecie plurisoggettiva con un numero chiuso di soggetti attivi comunque più ampio di quello previsto dall'articolo 2634 C.c., che assoggettava, giustamente, alla sua sfera applicativi i soli amministratori (gli unici titolari di quei poteri organizzativi e decisionali necessari per porre in essere atti di gestione infedele del patrimonio sociale).¹³⁸

In particolare, nel novero degli *intranei* corruttibili rientravano gli amministratori, i sindaci¹³⁹, i direttori generali, i liquidatori ed i revisori contabili.

La successiva legge 262 del 2005 allargò la cerchia dei soggetti recettori dell'offerta o dazione anche ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili.

Quest'ultima figura trova la sua disciplina nell'articolo 154bis del T.U.F. (d.lgs. 58/1998), la quale, ai sensi dell'art. 119 del medesimo decreto si applica alle sole società con azioni quotate nei mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea.

Ai fini dell'ascrizione della fattispecie in commento (come peraltro degli altri illeciti penali del Titolo XI che annoverano tra i soggetti attivi i dirigenti in parola), la dottrina è concorde nel circoscrivere la responsabilità ai soli dirigenti operativi all'interno delle società indicate dal T.U.F., trattandosi di figure obbligatoriamente previste in punto "esistenza" e "nomina". Ne consegue l'impossibilità di estendere la punibilità a quelle figure svolgenti funzioni analoghe in società ove tuttavia la doverosità della nomina è priva di specifico riscontro normativo.¹⁴⁰

¹³⁸ Viene in luce come anche sotto l'aspetto dei soggetti del reato l'art. 2635 C.c. originario difettesse di qualsivoglia grado di coordinamento sia con le fattispecie di corruzione privata inglese, olandese e francese citate *supra*, le quali responsabilizzano pressoché ogni persona svolga attività nell'ambito di una società commerciale, che con le disposizioni di diritto sovranazionale di riferimento, ossia l'Azione Comune del 1998 e la Convenzione penale del Consiglio d'Europa del 1999.

¹³⁹ Con riferimento ai sindaci, è opportuno evidenziare come in relazione alla corruzione societaria essi potranno rispondere tanto per aver preso attivamente parte ad un accordo illecito, quanto per non avere correttamente vigilato ed impedito il reato *de quo* posto in essere dagli amministratori, in forza della posizione di garanzia loro attribuita dall'art. 40 c.2 C.p., da leggersi in combinato con gli articoli 2403 e 2409 del Codice civile, che individuano gli obblighi e i poteri di controllo, di intervento e di segnalazione di irregolarità all'autorità giudiziaria da parte del collegio sindacale nei confronti dell'attività del Consiglio di amministrazione.

¹⁴⁰ Sul punto v. ANTOLISEI F. *Manuale di diritto penale, leggi complementari I*, 339; ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 307; condivide quest'impostazione anche ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione*, 215, secondo il quale l'estensione della responsabilità penale a chi svolge la medesima

Peraltro, alcune disposizioni del Testo Unico sulla Finanza tendono ad applicare le regole normative previste per le società quotate anche a società emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante (alle quali del resto fa riferimento l'aggravante introdotta al quarto comma dell'art. 2635 C.c.). Non può quindi essere escluso il problema di una possibile valutazione estensiva della considerazione penale a chi svolge le funzioni del dirigente suddetto in queste società.¹⁴¹

Fino al 2012 rimasero invece esclusi i soggetti sottoposti che invero, nella prassi, spesso sono i reali destinatari di offerte indebite provenienti da figure estranee, o interne, alla società.¹⁴²

Nulla quaestio in merito all'esclusione della punibilità per i membri dell'eventuale organismo di vigilanza sulla corretta attuazione del modello organizzativo e di gestione, se adottato dall'ente; salvi i casi in cui potranno rispondere di concorso *ex art. 110 C.p.*, i membri dell'O.d.V. non saranno così assolutamente perseguibili né per aver posto in essere il fatto di cui all'art. 2635 né per non aver impedito la commissione dello stesso da parte di uno degli *intranei*, posta l'assenza di concreti poteri impeditivi dei reati in capo a questo peculiare organo.

Un profilo di criticità in merito ai soggetti attivi emergeva nel coordinamento con il 135 del Testo unico bancario, che non venne, inopportuno, riformato assieme alle disposizioni del Titolo XI del Codice civile; esso infatti, nella sua originaria formulazione contenuta nel d.lgs. 385/1993 estendeva solamente le disposizioni contenute nei capi I, II e V del Titolo XI del libro V del Codice civile a coloro che svolgevano funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria.

Ci vollero circa due anni perché il legislatore prendesse atto dell'*impasse* normativa causata dal mancato intervento sull'art. 135 della legge bancaria, e andasse ad

funzione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili in società non obbligate a nominarlo costituirebbe un'inammissibile applicazione analogica *in malam partem*.

¹⁴¹ Emerge qui l'impostazione sostenuta da Confindustria nelle "Linee guida per lo svolgimento delle attività del dirigente proposto alla redazione dei documenti contabili societari ai sensi dell'art. 154bis t.u.f." del dicembre 2007, in cui si asserisce che la scelta operata da una società non quotata di nominare con previsione statutaria il dirigente proposto renderebbe questa figura a tutti gli effetti assimilabile al medesimo soggetto di una società quotata.

¹⁴² Si pensi ai classici casi di spionaggio industriale in cui un lavoratore subordinato riceve offerte da un concorrente in cambio della rilevazione di prassi produttive dell'impresa di appartenenza. *Amplius*, nei casi di corruzione endosocietaria, al rappresentante sindacale che riceve o accetta corrispettivi dall'amministrazione per esercitare attività in violazione dei suoi doveri verso i lavoratori rappresentati, pratica tutt'altro che occasionale all'interno dei c.d. "sindacati di comodo".

estendere la portata della norma a tutti i reati del Titolo XI, evitando così una limitazione della sfera applicativa in ambito bancario esclusivamente ai delitti di falsità di cui agli artt. 2621 – 2625 e agli illeciti commessi dagli amministratori di cui agli artt. 2626 – 2629.¹⁴³

Se dal lato dei corrotti la norma configurava una fattispecie a soggettività ristretta, il soggetto “corruttore” al contrario poteva, e può tutt’ora, essere chiunque, tanto interno quanto estraneo all’organizzazione societaria.

È già stata sottolineata *supra* la contraddizione implicitamente contenuta nella previsione della medesima pena sia per i corrotti sia per i corruttori *extranei* alla struttura societaria, la cui condotta, letta nell’ottica della tutela del patrimonio sociale, presenta un disvalore molto minore rispetto a quella degli *intranei*.

Merita in questa sede focalizzare brevemente l’attenzione sulle due figure corruttrici “classiche” nell’ambito della corruzione commerciale, *rectius* il concorrente ed il fornitore.

Rispetto alla corruzione del concorrente, è stato evidenziato¹⁴⁴ come questa trovi la sua dimensione fisiologica nei vertici dell’impresa, e comporti l’esercizio disfunzionale da parte del soggetto corrotto che, agendo nell’interesse proprio e di un’impresa corruttrice concorrente, determina la produzione di pregiudizi di varia natura a danno dell’impresa di appartenenza.¹⁴⁵ È facile comprendere come quest’ipotesi di corruzione, nell’ipotesi in cui si verifichi un pregiudizio alla società, sia coerente con la scelta di dirigere la tutela penale della corruzione societaria verso il patrimonio sociale, in qualunque accezione lo si voglia considerare, anche in assenza di un reale danno alla concorrenza.

¹⁴³ Una lettura estensiva dell’art. 135 t.u.b. venne comunque auspicata in dottrina già prima della riforma del 2004 da FOFFANI L., *Le infedeltà*, 375 ss., il quale riteneva opportuno riferire la norma bancaria anche ai reati di cui al capo III e IV del nuovo Titolo XI. L’autore tuttavia sottolineò come la nuova fattispecie di cui all’art. 2635 C.c. rappresentasse una novità radicale nel panorama dell’intervento penale in materia societaria; in conseguenza di ciò non la fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità non avrebbe potuto applicarsi anche alle banche non costituite in forma societaria, estranee dalla scelta politico-criminale del legislatore del 2002.

Per ulteriori e più approfondite disamine della disciplina bancaria si rinvia a BELLI M., *L’art. 135 della Legge Bancaria in op. cit.*, 261 ss.

¹⁴⁴ *Amplius* sul tema della corruzione del fornitore e del concorrente BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 435 ss.

¹⁴⁵ Si pensi al caso del Direttore generale dell’ufficio Ricerca e Sviluppo che accetti di rivelare all’Amministratore di una società concorrente invenzioni non ancora brevettate potenzialmente foriere di ingenti ricavi per la società di appartenenza.

Viceversa, la corruzione del fornitore, come già anticipato *supra*, manifesta i suoi effetti negativi non tanto verso la società corrotta, che potrebbe invero trarne rilevanti vantaggi, quanto più verso le imprese concorrenti estromesse dal patto corruttivo ed i consumatori, destinati a subirne gli effetti pregiudizievoli.

Appare lampante come la natura del disvalore e la categoria delle persone offese dalla corruzione del fornitore stridano con la tutela del patrimonio della società alveo del *pactum sceleris* (che come detto spesso e volentieri potrebbe avallare l'accordo illecito che coinvolge i suoi *intraneti*), e si concilino meglio con un tipo criminoso diretto a protezione di interessi pubblicistici quali la concorrenza e la tutela dei consumatori, beni giuridici considerati non casualmente prioritari dagli organismi sovranazionali e che costituiscono i destinatari della tutela penale della corruzione privata nell'ordinamento tedesco che verrà esaminato nelle pagine successive.

4.1. Il contesto societario contemplato dalla norma.

Prima di proseguire la disamina sui soggetti attivi, è opportuno evidenziare che, salva la previsione dell'art. 135 t.u.b., le qualifiche proprie dell'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità non esorbitano dal campo societario nel cui contesto possono essere realizzati i reati di cui al Titolo XI, intitolato "Disposizioni penali in materia di società e consorzi" e rimasto inalterato fino all'intervento del d.lgs. 38/2017, che, come si vedrà *infra*, ha esteso lo spettro di disciplina alla generica categoria degli "altri enti privati" coerentemente con le disposizioni di diritto sovranazionale e con le fattispecie di corruzione privata inglese, francese, olandese richiamate *supra*.

Più in particolare, alla luce dei lavori preparatori al decreto legislativo n. 61 del 2002 e dello stesso titolo del medesimo decreto deve accogliersi la teoria secondo cui la sezione del Codice civile dedicata ai reati societari assoggettasse alla sua disciplina esclusivamente le società commerciali, tra le quali vanno sicuramente ricomprese, oltre alle società di persone e di capitali, le s.r.l., le società cooperative esercenti attività commerciale e le società europee di cui al regolamento CE n. 2157 del 2001 e al d.lgs. 188/2005.

Per tale ragione, autorevole dottrina aveva sottolineato che dalla sfera di applicazione del Titolo XI dovessero venire esonerate le società semplici, in quanto non esercitanti

attività commerciale ai sensi dell'articolo 2249 del Codice, con la conseguente deresponsabilizzazione dei soggetti di vertice di queste ultime in relazione a tutte le fattispecie del diritto penale societario.¹⁴⁶

Possono considerarsi invece assoggettate alla portata applicativa del Titolo XI *ante* 2017 le società irregolari non iscritte al registro delle imprese e le società di fatto, caratterizzate dalla mancanza dell'atto costitutivo formale e nelle quali il vincolo sociale deriva da condotte concludenti di persone che operano in concreto come soci, sempreché, chiaramente le stesse esercitino un'attività commerciale.

4.2. L'art. 2639 C.c.: l'estensione soggettiva della responsabilità.

Accanto ai soggetti rivestiti delle qualifiche formali del diritto societario tradizionale, in forza dell'estensione operata dall'articolo 2639 del Codice civile dovevano, *rectius* devono, considerarsi destinatari della fattispecie anche coloro che di fatto svolgono le medesime funzioni ancorché diversamente qualificate e chiunque altro svolga in via di fatto, nonché in maniera continuativa e significativa, i poteri inerenti alla qualifica o alla funzione.

La prima estensione si riferisce ai due modelli di *governance* societaria introdotti dalla riforma del diritto societario del d.lgs. 6/2003, che ha importato nell'ordinamento italiano il sistema monistico di tradizione inglese e il sistema dualistico di matrice germanica. Proprio l'articolo 2639 ha risolto preventivamente la potenziale *impasse* derivante dall'inversione cronologica della due riforme.

I soggetti "corruttibili" ai sensi dell'articolo 2639 c.1 prima parte dovranno quindi considerarsi anche i componenti del Consiglio di amministrazione per le società che adottano il sistema monistico ed i membri del Consiglio di gestione e del Consiglio di sorveglianza per gli enti le cui strutture di vertice si ispirano al modello dualistico.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Per una più approfondita analisi della rubrica del Titolo XI si rinvia a ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 313, la quale ritiene che la semplice eliminazione del riferimento all'obbligo di registrazione dell'ente ai fini della realizzabilità al suo interno dei reati societari non potesse considerarsi atto a condurre alla conclusione che le società semplici venissero a ricadere nella sfera di operatività della disciplina punitiva.

¹⁴⁷ *Ibidem*. Non deve ritenersi necessaria la completa specularità delle funzioni esercitate dagli organi dei due sistemi alternativi di governo societario, essendo sufficiente un'identità sostanziale tra le stesse.

Nello stesso senso v. AMATI E., *op. cit.*, il quale sottolinea che gli stessi artt. 2380 C.c. e 223septies disp. Att. C.c. estendono espressamente le disposizioni riferite agli amministratori e ai sindaci,

In secondo luogo, la fattispecie dell'art. 2635 in forza della seconda parte dell'art. 2639 c.1 trova applicazione anche nei confronti di coloro che esercitano in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

I soggetti a cui effettivamente può rivolgersi la disposizione in commento sono gli amministratori, i direttori generali ed i liquidatori, essendo difficilmente concretizzabile l'esercizio di fatto dei poteri del sindaco e del revisore contabile, figure per le quali, data competenza tecnica richiesta, sembra comunque necessaria una qualifica formale.

Rispetto agli amministratori, vale qui la pena ricordare l'orientamento dottrinale secondo cui la semplice ingerenza generica ed occasionale nella gestione della società non possa determinare l'insorgenza di una qualifica di fatto penalmente rilevante.¹⁴⁸

Lo stesso discorso può valere anche per coloro che esercitano in via di fatto i poteri tipici della figura del direttore generale, ossia il soggetto che svolge attività di alta gestione dell'impresa sociale, posto al vertice della gerarchia dei lavoratori subordinati e che esplica la sua attività in diretto rapporto con l'organo di amministrazione (figura alla quale è assimilato dall'art. 2396 C.c ai fini della responsabilità), presentandosi come organo di raccordo tra l'amministrazione stessa e l'apparato organizzativo societario globale. Dovrà considerarsi dunque direttore generale di fatto il direttore di uno specifico settore della società che di fatto svolga le funzioni suddette.

Infine, sul versante dei liquidatori, soggetti che, prestando la loro attività nel momento della crisi di impresa, risultano particolarmente sensibili rispetto ad offerte indebite, potrà considerarsi unico soggetto di fatto ai sensi dell'art. 2639 l'amministratore che cessato dalla carica e a seguito dello scioglimento della società compia atti diretti alla liquidazione dei beni della stessa.

Maggiori problemi, ai fini della configurazione di una corruzione privata, pone il terzo comma dell'art. 2639 che estende le disposizioni relative agli amministratori anche ai soggetti che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o

laddove compatibili, anche a coloro che svolgano le medesime funzioni sostanziali nei modelli monistico e dualistico.

¹⁴⁸ Si rinvia a ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 304, secondo la quale la qualifica di fatto richiede una "effettiva, dinamica, riconosciuta e significativa esplicazione dei poteri e delle facoltà che tipicamente contraddistinguono un amministratore".

dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società, figure in capo alle quali, come suggerisce la clausola di riserva contenuta nel medesimo comma, ben potrebbe rinvenirsi una qualifica pubblicistica, con conseguente applicazione delle disposizioni del codice penale relative alla corruzione pubblica.¹⁴⁹

4.3. Cenni sulla corruzione dei revisori contabili.

Tra i soggetti propri della novella del 2002 comparivano anche i revisori contabili. L'affidamento del controllo contabile ad un revisore esterno è stato avviato nel 1974 quando per le società quotate venne introdotto l'istituto della revisione contabile obbligatoria, disciplinata dagli articoli 156 e seguenti del T.U.F. La disciplina è stata allargata dalla riforma del diritto societario del 2003 a tutte le altre società per azioni, con espressa previsione agli articoli 2409*bis* e seguenti del Codice civile. Lo stesso articolo 2409*bis* prevede, per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato, la possibilità di affidare l'incarico di revisione anche ai membri del collegio sindacale.

L'intera materia è stata oggi riformata dal d.lgs. n. 39 del 2010, il quale ha raccolto in un unico testo le principali disposizioni di legge in tema di revisione contabile, con un contestuale avvicinamento fra le discipline della revisione di società quotate e non quotate.¹⁵⁰

Con riguardo alla corruzione dei revisori, la prima disposizione in materia era contenuta all'articolo 178 del Testo Unico sulla Finanza, il quale sanzionava da un lato gli amministratori ed i dipendenti di società di revisione che percepissero compensi indebiti da parte degli enti sottoposti a revisione e dall'altro gli amministratori, i dirigenti e i liquidatori della società soggetta alla revisione.

Con la riforma del diritto penale societario del 2002, il disegno di ricomposizione dei presidi penali della revisione contabile all'interno del Titolo XI del Libro V del Codice civile rimase solo parzialmente attuato, dal momento che il d.lgs. n. 61 non andò ad abrogare l'articolo 178.

¹⁴⁹ In tal senso dovrà rientrare nello spettro applicativo dell'art. 319 la corruzione del commissario giudiziale ex art. 15 del d.lgs. 231/2001, il quale, sia in forza della nomina del giudice sia in virtù delle funzioni esercitate può considerarsi un pubblico ufficiale che compie un atto contrario ai propri doveri d'ufficio.

¹⁵⁰ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, VIII ed., UTET, Milano, 2013, 420 ss.

Il concorso apparente tra le due disposizioni veniva risolto dalla dottrina secondo il principio di specialità bilaterale e reciproca¹⁵¹, per il quale veniva escluso un concorso formale tra le due fattispecie.

Il contrasto tra le disposizioni sarebbe stato peraltro facilmente risolvibile attraverso la lettura delle due norme: l'articolo 178 del T.U.F. prevedeva infatti un reato di mera condotta a concorso necessario che si consumava con la sola ricezione della dazione, sanzionato con pena edittale più alta e procedibile d'ufficio.

Il quadro normativo della corruzione del revisore contabile divenne più complesso con la riforma della l. 262/2005, la quale accolse le pressioni dell'opinione pubblica preoccupata dai recenti scandali finanziari (tra tutti quello che coinvolse i vertici della Parmalat nel 2003), e andò a ridisegnare, come già evidenziato, l'impianto penalistico sia della corruzione privata societaria sia della corruzione dei revisori.

L'articolo 174^{ter} del T.U.F. introduceva infatti un'ipotesi di corruzione propria strutturata sulla violazione degli obblighi d'ufficio da parte degli amministratori, soci e responsabile della revisione contabile e dipendenti delle società di revisione dietro la dazione o la promessa di denaro o altra utilità.

La fattispecie si presentava nuovamente come un reato di mera condotta e di pericolo astratto, perseguibile d'ufficio, il cui bene tutelato doveva individuarsi “nel mercato, inteso come sintesi degli interessi patrimoniali degli azionisti, degli investitori, e, più in generale, dei terzi, tutelati dalla normativa in materia di revisione contabile”¹⁵². Va peraltro posto all'attenzione che il delitto di cui all'art. 174^{ter} avrebbe dovuto trovare applicazione residuale nei soli casi in cui non risultasse operante l'aggravante prevista dall'art. 174^{bis} (rubricato “falsità nelle relazioni o comunicazioni”) nei casi in cui la falsità fosse stata posta in essere dietro una dazione indebita.

Il pericolo insito nella convivenza tra le corruzioni dei revisori contenute nel T.U.F. e nell'art. 2635 *ante* 2012 veniva disinnescato nei seguenti termini: qualora il revisore corrotto operasse nell'ambito di una società non quotata, la rilevanza penale del fatto sarebbe stata ancorata al verificarsi di un documento alla società e alla presentazione della querela, con contestuale applicazione della norma codicistica. Viceversa, nel caso di società quotate (o, se concesso, anche le società con strumenti finanziari

¹⁵¹ Sul rapporto di specialità bilaterale tra delitti cfr. Cass. Pen. SS. UU, 28 Ottobre 2010, n. 1235.

¹⁵² Sull'argomento v. *amplius* ALDROVANDI P., *Corruzione dei revisori*, in LANZI A., CADOPPI A., *op. cit.*, 221 ss.

diffusi tra il pubblico in maniera rilevante), laddove dalla corruzione seguisse un danno all'ente avrebbe trovato applicazione l'ipotesi aggravata dell'infedeltà di cui all'articolo 2635 C.c, mentre in assenza di documento sarebbe stato configurabile il nuovo art. 174^{ter} del d.lgs. 58 del 1998.¹⁵³

L'apparente *impasse* legislativa fu tuttavia risolta per effetto, prima, del d.lgs. 39 del 2010¹⁵⁴ che abrogò le precedenti disposizioni del T.U.F. per riordinare la disciplina della corruzione dei revisori, e poi dalla l. 190/2012 che intervenne sulla corruzione privata societaria espungendo dal novero dei soggetti attivi i revisori contabili, come più volte auspicato dagli autori in materia.¹⁵⁵

Sul piano della responsabilità generica dei revisori, il decreto n. 39 impone alla società di revisione e al revisore persona fisica di non instaurare rapporti finanziari, di lavoro o di altro genere con la società revisionata, in modo di indurre un terzo a trarre la conclusione che l'indipendenza del revisore risulta compromessa.¹⁵⁶

La corruzione dei revisori è analiticamente disciplinata all'articolo 28, il quale recita "I responsabili della revisione legale, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, per sé o per un terzo, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando documento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità."

Il comma secondo contempla invece la corruzione dei revisori degli enti di interessi pubblico e delle società da questi controllati, senza tuttavia richiedere il danno alla società.

La fattispecie delineata dal primo comma presenta la medesima struttura dell'articolo 2635 *ante* 2012, tanto che in dottrina venne sottolineato come, più che di una corruzione dei revisori, dovesse parlarsi di un'infedeltà patrimoniale dei revisori nei confronti della società di appartenenza, con il conseguente difetto di tutela verso la società revisionata, non di interesse pubblico, che avesse subito un pregiudizio dall'atto o dall'omissione dei revisori; tesi del resto avallata dalla richiesta di un

¹⁵³ V. BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Spunta la corruzione dei revisori*, in *Guida al diritto*, 4/2006, 165.

¹⁵⁴ Il decreto legislativo n. 38/2010 sulla revisione legale è consultabile al sito: http://www.revisionelegale.mef.gov.it/opencms/export/mef/resources/PDF/DLGS_392010_con_1352016.pdf.

¹⁵⁵ Sul tema sia consentito rinviare a MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2700, il quale sostiene come la scelta di incriminazione dei revisori contabili mal si conciliasse con la tutela dei soli interessi patrimoniali della società revisionata.

¹⁵⁶ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto delle società*, 422.

nocumento alla sola società di revisione, evento difficile da immaginare in concreto, posto che, essendo arduo ipotizzare corruttori diversi dagli organi della società revisionata, l'unica potenziale destinataria di un danno dovrebbe rimanere quest'ultima.¹⁵⁷

Nonostante le perplessità che permangono, una possibile estensione degli interessi tutelati dalla norma a beni di natura non esclusivamente privatistica sarebbe giustificata dalla procedibilità d'ufficio, la quale porrebbe così l'accento sulla funzione tipica della revisione come parametro cui commisurare l'affidabilità della società di revisione e sul ruolo di presidio che questa ricopre riguardo ad interessi collettivi e di rilievo pubblicistico, come la fiducia degli operatori di mercato nella garanzia della corretta comunicazione dei dati contabili delle società revisionate verso le quali essi siano titolari di rapporti contrattuali in essere o potenziali e l'interesse del fisco a che le scritture contabili rilevanti ai fini reddituali siano tenute secondo i criteri fissati dagli articoli 13 e seguenti del D.P.R. 600/73.

La disposizione va infine letta in combinato con il delitto di cui all'articolo 30 del medesimo decreto, che, sulla scia del precedente art. 178 del T.U.F. estende il suo spettro applicativo agli amministratori, ai soci, ai responsabili della revisione ed ai dipendenti delle società di revisione legale che percepiscono, anche per interposta persona, compensi in denaro o altra forma da parte della società revisionata oltre a quelli legittimamente pattuiti, senza peraltro la necessità di nocumento alcuno.

La sanzione prevista per il reato di compensi indebiti va da un minimo da uno ad un massimo di tre anni ed è accompagnata da una multa fino a 100.000 euro. Emerge così come, anche sul versante sanzionatorio, la riforma del 2010 abbia dato luogo ad una nuova ed inspiegabile incongruenza, prevedendo un trattamento punitivo più grave per la fattispecie-avamposto dell'articolo 30 ed invece una risposta sanzionatoria più mite per la corruzione portata a compimento dalla quale sia derivato un evento pregiudizievole per la società, per la quale infatti il primo comma dell'articolo 28 prevede la sola pena detentiva fino a tre anni ma senza un minimo edittale.

¹⁵⁷ La tesi in nota è stata sostenuta in particolare da BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 449.

5. Il fatto tipico.

Sul versante dei soggetti propri corrotti, integrava l'infedeltà da corruzione il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei doveri dell'ufficio dietro la dazione o promessa¹⁵⁸ di denaro o altra utilità.

Specularmente, il corruttore avrebbe risposto per la dazione o la promessa del denaro o dell'utilità (esteriorizzate sia con dichiarazioni esplicite che mediante comportamenti concludenti, purché connotate da sufficiente attendibilità) in modo da configurare una fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario nella forma di una corruzione propria antecedente, con il *quid pluris* del nocumento alla società.

In merito al concorso necessario, può essere richiamata l'impostazione adottata, in tema di corruzione pubblica, da consolidata giurisprudenza¹⁵⁹ ed autorevole dottrina¹⁶⁰ rispetto alla considerazione unitaria del comportamento del corrotto e del corruttore e alla specularità delle due condotte, con la conseguenza che il fatto del privato costituisce una compartecipazione a quello del Pubblico ufficiale.

Detta impostazione sembra adeguarsi anche alla fattispecie di cui all'articolo 2635 nella sua formulazione fino al 2017¹⁶¹, anno della riforma che, come si vedrà *infra*, ha introdotto da un lato le condotte di sollecitazione e di offerta e dall'altro l'autonomo delitto di istigazione alla corruzione privata, dando vita a criticità non irrilevanti sul piano del concorso di persone e, in una certa misura, sul piano dell'offensività in concreto del fatto.

Sul piano del rapporto tra dazione o promessa di utilità e compimento od omissione di un atto è stata sottolineata da più autori la necessaria causalità tra la prima e la seconda condotta (che appunto avrebbe dovuto essere posta in essere "a seguito" della dazione o della promessa).¹⁶² Ai fini dell'integrazione del fatto tipico era tuttavia necessario un ulteriore nesso causale: il nocumento alla società infatti

¹⁵⁸ Il principio di offensività impone di escludere dalla considerazione penale dell'articolo 2635 C.c. la promessa, ancorché accettata dall'*intraneus*, che tuttavia appaia palesemente irrealizzabile o assurda.

¹⁵⁹ V. Cass. Pen. Sez. VI, 22 Gennaio 2016, n. 3043; Cass. Pen. Sez. VI, 9 Giugno 2015, n. 24535.

¹⁶⁰ Per tutti ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Giuffrè, Milano, 2016, 424; PELISSERO M., *I delitti di corruzione*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *op. cit.*, 260.

¹⁶¹ Sul punto concorda ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 301.

¹⁶² Così ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione*, 217; AMATI E., *op. cit.*, 440 ss; BRICCHETTI R., *La corruzione tra privati*, in CANZIO G., CERQUA L., LUPARIA L., *Diritto penale delle società*, II ed., CEDAM, Padova, 2014, 514 ss; MACCARI A.L., *op. cit.*, 174; MUSCO E., *I nuovi reati*, 234 ss.; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 313. Diversamente sul punto CRISTIANI A., *op. cit.*, 185, il quale ritiene che la connessione tra le condotte potesse essere anche solo cronologica e non causale, con la conseguenza che il rapporto eziologico tra le due condotte ne fosse presunto (*post hoc, ergo propter hoc*).

sarebbe dovuto derivare solo dalla condotta del corrotto, con conseguente irrilevanza delle promesse o dazioni susseguenti al compimento o all'omissione degli atti da parte del corrotto.

Simile scelta appariva comunque in armonia con quella di costruire la fattispecie di infedeltà come reato a tutela non del mero pericolo per la lealtà degli organi societari ma finalizzato a reprimere condotte che concretizzassero questo pericolo nella violazione di doveri funzionali e la provocazione di un danno dell'ente, con la conseguente focalizzazione del disvalore non tanto sull'accordo corruttivo in sé bensì sulla condotta di infedeltà dell'*intraneus*.¹⁶³

Oggetto dell'accordo era "l'utilità", concetto da leggersi in senso ampio secondo unanime dottrina in modo da includervi non solo "qualunque prestazione o vantaggio suscettibile di essere valutato patrimonialmente"¹⁶⁴ ma anche, più latamente, "qualunque attitudine a soddisfare un bisogno umano, tanto un vantaggio materiale quanto immateriale, come pure una prestazione di fare o di non fare".¹⁶⁵

Simile impostazione è stata avallata da un più recente intervento della Suprema Corte in tema di corruzione pubblica, la quale ha ricompreso nel concetto di "utilità" non solo il denaro ma "qualsiasi vantaggio materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale che abbia valore per il pubblico agente".¹⁶⁶

Simile interpretazione estensiva consente inoltre di allargare lo spettro applicativo della corruzione privata a quei corrispettivi diversi dal denaro che nella prassi aziendale sono individuati tra le possibili fonti di corruzione, quali la promessa di assunzione di personale legato al soggetto corrotto, opportunità di investimenti, sconti, sponsorizzazioni fino ad arrivare ai convegni e soggiorni in mete turistiche.¹⁶⁷

L'ampiezza della lettura interpretativa va comunque bilanciata con il consolidato orientamento dottrinale in materia di corruzione pubblica e privata, secondo cui, ammettendo la natura sinallagmatica e causale delle due condotte, dovrebbe comunque sussistere un rapporto di proporzionalità tra il donativo e gli atti o le

¹⁶³ Cfr. MARTINI A., *op. cit.*, 525 ss.

¹⁶⁴ V. MUSCO E., *I nuovi reati*, 237.

¹⁶⁵ Così MACCARI A.L., *op. cit.*, 175. Nello stesso senso anche ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione*, 152, il quale pone l'accento sulla forza "motivante" dell'utilità data o promessa in ordine al comportamento del ricevente, sicché non vi sarebbe alcuna ragione per operare un'ulteriore delimitazione della portata di tale concetto.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 5 Novembre 2014, n. 45847.

¹⁶⁷ V. Linee Guida di Confindustria aggiornate al 2014.

omissioni contrarie ai doveri d'ufficio, con conseguente esclusione delle dazioni o promesse di modico valore neppure in astratto idonee a generare o rafforzare l'impulso motivazionale della controparte.¹⁶⁸

5.1. La violazione dei doveri inerenti all'ufficio.

L'oggetto dell'accordo criminoso ai sensi dell'originario articolo 2635 C.c. era costituito dal compimento di atti contrari agli obblighi dell'ufficio ovvero dall'omissione di atti necessari ed opportuni.

La formula legislativa, per quanto generica, non consentiva di includere nella portata applicativa della disposizione la violazione di generici doveri di fedeltà, lealtà e correttezza che non trovassero concretizzazione in una fonte scritta.¹⁶⁹

Rectius, il delitto sarebbe stato configurabile rispetto ad ogni atto, vincolato o discrezionale, organizzativo o gestionale, compiuto nell'esercizio delle funzioni inerenti alle qualifiche considerate e contrario ai doveri posti a tutela degli interessi della società e sanciti dalle disposizioni del Titolo V del Libro V del Codice civile¹⁷⁰ (e dall'art. 154*bis* del T.u.f. per i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili), dalle leggi speciali, dallo statuto,¹⁷¹ dai codici etici aziendali o da un atto negoziale.

In tema di corruzione pubblica è emersa la problematica riferita alla sussistenza del reato qualora il pubblico ufficiale corrotto non sia competente a compiere l'atto contrario ai doveri d'ufficio.

¹⁶⁸ Sul punto ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione*, 217, secondo il quale rileverà solo l'utilità che abbia nel caso concreto determinato la condotta del beneficiario; nello stesso senso anche MACCARI A.L., *op. cit.*, 175; MUSCO E., *I nuovi reati*, 238; PELISSERO M., *op. cit.*, 316; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 314.

In modo contrario si è tuttavia pronunciata la Suprema Corte, che in tema di corruzione propria *ex art.* 319 C.p. di fronte all'atto contrario ai doveri d'ufficio ha ritenuto inammissibile qualunque remunerazione. Cfr. sul punto Cass. Pen. Sez. VI, 9 Giugno 2009, n. 23776.

¹⁶⁹ ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione*, 218; AMATI E., *op. cit.*, 441; SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le società*, 1/2013, 64.

¹⁷⁰ Dovranno così considerarsi contemplati dall'art. 2635 C.c., tra gli altri, gli obblighi previsti in capo agli amministratori delegati dall'art. 2381 c.3, i generici obblighi a carico degli amministratori di cui agli artt. 2391, 2392, 2423 e 2485, i doveri, e conseguenti poteri, determinanti la posizione di garanzia del collegio sindacale indicati dagli artt. 2403, 2403*bis* 2407 e 2409 ed infine il dovere di cui all'art. 2491 destinato ai liquidatori.

¹⁷¹ In relazione alle società a responsabilità in limitata le norme statutarie offrono una precisa indicazione circa i compiti funzionali degli amministratori, integrando una disciplina codicistica non sistematica a riguardo. Lo stesso art. 2476 rinvia all'atto costitutivo per l'individuazione dei doveri imposti agli amministratori di S.R.L.

Sulla questione la giurisprudenza si è orientata verso l'irrelevanza della specifica incompetenza e la conseguente sufficienza della possibilità in astratto per il soggetto pubblico di sollecitare, interferire o compiere direttamente l'atto.

Questo orientamento è stato ritenuto estensibile anche alla corruzione societaria, onde il reato sarebbe configurabile “anche quando viene corrotto, per esempio, un sindaco per un atto di competenza dell'amministratore, purché risulti che il sindaco abbia effettivamente abusato della propria posizione allo scopo di ottenere il compimento dell'atto dannoso per la società”.¹⁷²

In merito alla nozione degli obblighi d'ufficio descritti dall'articolo 2635 C.c, può essere inoltre richiamata l'impostazione di chi ha incluso tra i medesimi anche quelli di cui l'organo è investito in funzione “della preservazione di interessi non sociali ma collettivi, quale l'obbligo di presentazione delle dichiarazioni ai fini delle imposte, di versamenti dei contributi e di rispetto delle normative ambientali” , i quali, trattandosi di doveri non disponibili per la società, avrebbero potuto integrare la fattispecie in commento, qualora dalla loro violazione fosse derivato un danno alla società.¹⁷³

Secondo un'altra interpretazione, autorevole seppur minoritaria, avrebbero invece acquisito rilevanza i soli “obblighi specificatamente ricavabili dai precetti civilistici che regolano e disciplinano i singoli doveri dei soggetti qualificati”¹⁷⁴, in modo da evitare penetranti intrusioni del diritto penale nelle politiche d'impresa e nelle scelte discrezionali inerenti all'attività aziendale, così da disinnescare il pericolo di un'estensione della punibilità alle violazioni di generici doveri di fedeltà, lealtà o correttezza ancorché contenuti in fonti scritte diverse dalla legge.

Sul versante della condotta omissiva, elemento di discriminazione tra la corruzione privata e l'infedeltà di cui all'articolo 2634 C.c., *nulla quaestio* riguardo la necessità di un obbligo giuridico che imponga al soggetto corrotto di compiere l'atto omissivo, il quale può derivare dalla disciplina normativa, da vincoli contrattuali e statutari o da deliberazioni dell'assemblea.¹⁷⁵

¹⁷² Così VINCIGUERRA, G., *op. cit.*, 457.

¹⁷³ Questa tesi è stata sostenuta da MARTINI A., *op. cit.*, 526.

¹⁷⁴ Così MUSCO E., *I nuovi reati*, 236. Nello stesso senso MACCARI A.L., *op. cit.*, 177.

¹⁷⁵ Potrà così considerarsi penalmente rilevante ai fini dell'art. 2635 C.c. il mancato esercizio del potere di denuncia all'autorità giudiziaria da parte dei sindaci previsto dall'articolo 2409 u.c. in caso

6. Il regime di procedibilità

Contrariamente alle sollecitazioni sovranazionali ed agli auspici del disegno di legge delega della commissione Mirone, l'articolo 2635 C.c., al terzo comma, cristallizzava la scelta del legislatore di "privatizzare" la tutela penale delle infedeltà patrimoniali attraverso la previsione della procedibilità a querela della persona offesa, pacificamente individuabile nell'ente collettivo che avesse subito il nocumento patrimoniale.

Trattandosi di reato a concorso necessario, la querela sporta verso il corrotto esplica i suoi effetti anche verso il corruttore.

La peculiare natura della persona offesa dal reato di corruzione privata pone la questione intorno al soggetto legittimato a proporre querela.

Se in forza dell'art. 337 C.p.p. è pacifico che l'autorizzazione a sottoscrivere un e depositare un atto di querela appartiene al legale rappresentante della società¹⁷⁶, maggiori problemi genera invece l'individuazione dell'organo titolare del potere di formazione della volontà interna dell'ente di proporre querela.

Ai fini civilistici, non v'è dubbio che il potere di rappresentanza della società sia rimesso agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina: così recita infatti l'art. 2384 C.c.: sembra così che, in tutti i casi in cui l'infedeltà da corruzione sia stata posta in essere da soggetti diversi dagli amministratori, il potere di formare la volontà dell'ente in tema di querela rientri nei più ampi poteri di amministrazione attiva.

Viceversa, nei frequenti casi in cui il reato venga commesso proprio da membri del Consiglio di amministrazione, ovvero, a maggior ragione, dall'amministratore unico di una s.r.l., deve ritenersi che la facoltà di presentare la querela non possa che essere

di fondato sospetto di irregolarità da parte degli amministratori, qualora la stessa omissione sia stata determinata dalla dazione o promessa di un'utilità ai sindaci e dalla medesima sia derivato un nocumento alla società.

¹⁷⁶ Sul punto si consenta un rinvio a Cass. Pen. Sez. VI, 26 Aprile 2012 n.16150; Cass. Pen. Sez. VI, 25 Gennaio 2017, n. 3794; le due massime hanno confermato il principio per cui il legale rappresentante, sia egli un terzo o un amministratore, salvo divieto statutario può sporgere querela anche senza apposito mandato *ad hoc*, in quanto tale potere rientra nel più generale potere di rappresentanza ai sensi dell'art. 2384 C.c, senza la necessità di un conferimento ulteriore di poteri da parte dell'assemblea o dell'organo di gestione.

rimessa all'assemblea, alla quale tra l'altro compete, *ex art. 2393 C.c.*, l'esercizio dell'azione di responsabilità verso gli amministratori.¹⁷⁷

Qualora venga riconosciuta all'assemblea la facoltà di formare la volontà dell'ente di proporre querela, ragioni di opportunità imporrebbero inoltre che il termine di tre mesi di cui all'art. 124 C.p. debba decorrere non dal momento in cui i singoli soci abbiano notizia del reato, bensì dalla prima riunione dell'assemblea a seguito della conoscenza del fatto illecito.

Non sono mancate perplessità dottrinali sulla connessione instaurata dall'art. 2635 *post* 2002 tra la natura di reato ad evento e la perseguibilità a querela: il disvalore dell'illecito incentrato sull'effettiva lesione del patrimonio della società non dovrebbe infatti lasciare margini di valutazione sull'opportunità di perseguire l'infedeltà degli organi sociali in pregiudizio della società, tanto da parte del Consiglio di amministrazione quanto da parte dell'assemblea o dell'eventuale socio unico di cui all'articolo 2328 C.c.

In particolare, la scelta dell'assemblea di non punire un amministratore che sia venuto meno ai suoi doveri d'ufficio in cambio di un indebito corrispettivo esterno nuocendo al patrimonio della società si fonderebbe, del resto, su due ragioni alternative: la prima, fisiologica, va individuata nella volontà, legittima, di non mettere a rischio la reputazione e l'immagine dell'ente agli occhi del pubblico, preferendo l'applicazione di sanzioni disciplinari "interne"; la seconda ragione, patologica, rivelerebbe invece un inquinamento della *governance* societaria sintomo di un ambiente diffuso di illegalità e contrarietà a valori di etica imprenditoriale¹⁷⁸, con la conseguenza che la possibilità di far perseguire il fatto dei soggetti apicali risulterà tanto più disagiata quanto più forte sarà la maggioranza dei soci che abbia interesse nelle pratiche criminose degli amministratori.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Sui soggetti legittimati a proporre querela si rinvia *amplius* a AMATI E., *op. cit.*, 445; MARTINI A., *op. cit.*, 528; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 317.

¹⁷⁸ Non potrebbe infatti escludersi l'esistenza di patti para-sociali, o *shareholders agreements*, mediante i quali i soci di maggioranza abbiano preventivamente rinunciato, in via contrattuale, a proporre querela a seguito di attività illecite degli amministratori da essi stessi eletti. Allo stesso modo, la garanzia dell'impunità degli amministratori corrotti potrebbe derivare altresì dall'esistenza di soci occulti esterni all'assemblea che tuttavia esercitino un'influenza dominante su di una società utilizzata per la commissione di reati al cui vertice vengono poste delle c.d. "teste di legno".

¹⁷⁹ Così MARTINI A., *op. cit.*, 529, il quale ipotizza il caso della maggioranza che, essendo portatrice di interessi contrapposti a quelli della minoranza, preferisca ignorare la rilevanza delle infedeltà commesse dagli amministratori designati, agendo così in danno dei soci di minoranza. Sul punto v. anche MILITELLO V., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, 497. L'autore sottolinea

È stato giustamente posto in luce¹⁸⁰ che il riconoscimento del diritto ad esercitare la querela contro gli amministratori alla sola società (tramite delibera assembleare) costituirebbe una palese, ed ingiusta, compressione dei diritti dei soci di minoranza, i quali, pur avendo subito un depauperamento in ragione dell'infedele attività degli amministratori, non potrebbero in alcun modo agire per tutelare penalmente i propri interessi (salvi i rimedi risarcitori forniti dalla disciplina civilistica ai sensi dell'art. 2395 C.c.).¹⁸¹ La stessa assemblea, del resto, non sarà propensa a votare a favore della proposizione della querela qualora il soggetto corrotto sia un amministratore espressione della maggioranza del capitale sociale.

Quest'ultimo approccio troverebbe peraltro un solido sostegno giurisprudenziale in una pronuncia della Suprema Corte¹⁸², tramite la quale il giudice di legittimità, seppur nel contesto dell'articolo 2634 C.c., ha riconosciuto la qualifica di persone offese, e non di semplici danneggiati, ai singoli soci che abbiano subito un pregiudizio patrimoniale da condotte infedeli degli amministratori, ammettendo così la legittimazione a proporre querela di questi senza previa delibera assembleare.

A prescindere da come si vogliano interpretare queste scelte di politica societaria, non può negarsi che in un contesto societario dove gli apprezzamenti dell'interesse sociale e le valutazioni di convenienza economica dei singoli membri dell'ente non sempre coincidono, la previsione della querela per il perseguimento dei fatti di corruzione interna rappresenterebbe paradossalmente l'innescò per ulteriori corruzioni "a cascata", dirette proprio a contaminare il doveroso esercizio della querela da parte dei legittimati.

Non resta dunque che prendere atto che il regime di procedibilità a querela rappresentò, e rappresenta ancora oggi, il maggior ostacolo all'effettiva applicazione dell'articolo 2635 e all'emersione delle prassi corruttive nel mondo imprenditoriale, senonché, come si vedrà *infra*, la riforma del 2017 sembra aver aperto lo spiraglio per un allargamento dei soggetti legittimati alla querela.

come la scelta di non esercitare la querela dissimulerebbe l'influenza dominante di soggetti esterni alla società, i quali, dopo averne corrotto gli organi di gestione e controllo, interferiscono con la formazione della stessa volontà sociale.

¹⁸⁰ V. MAZZOTTA G., *Corruzione tra privati*, intervento al convegno *Il contrasto alla corruzione, le prospettive aperte dopo la legge 6 novembre 2012*, Roma, 17 Aprile 2013, 13.

¹⁸¹ Così ad es. MAZZOTTA G., *Corruzione tra privati*, intervento al convegno *Il contrasto alla corruzione: le prospettive aperte dopo la legge del 6 novembre 2012, n. 190*, Roma, 17 Aprile 2013, 13.

¹⁸² Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 25 Febbraio 2009, n. 24824.

7. L'elemento soggettivo

A differenza dell'illecito di cui all'art. 2634 del Codice civile, ove si richiedeva, e si richiede, l'intenzione di determinare l'evento lesivo, nell'infedeltà *ex art.* 2635 l'elemento soggettivo si presentava come dolo generico, e consisteva nella coscienza e volontà di porre in essere la condotta tipica unitamente alla consapevolezza di cagionare un nocimento alla società.

In particolare, in capo all'*intraneus* doveva sussistere la consapevolezza della qualifica rivestita e la coscienza e volontà di ricevere l'utilità o accettarne la promessa nell'ottica del suo futuro compimento, od omissione, di un atto in violazione degli obblighi del suo ufficio¹⁸³, la volontà di compiere od omettere tale atto e la rappresentazione del danno alla società derivante dalla sua condotta.

Va segnalata l'opinione di chi ritiene che l'errore sulle norme civilistiche e regolamentari che disciplinano gli obblighi inerenti la qualifica rivestita escluderebbe il dolo ai sensi dell'art. 47 c.3 del Codice penale.¹⁸⁴

Ai fini della punibilità del corruttore *extraneus* si sarebbe invece dovuta accertare la consapevolezza e la volontà della dazione o della promessa in vista del compimento o dell'omissione di un atto, la rappresentazione della contrarietà dell'atto agli obblighi dell'ufficio ed infine la volontà nell'arrecare un danno alla società.

Nulla osterebbe infine alla possibilità di riconoscere la rilevanza del dolo eventuale¹⁸⁵, qualora l'*intraneus* si rappresenti in termini di alta probabilità la verifica di un danno alla società riferibile alla sua condotta.¹⁸⁶

8. La riforma della l. 190/2012: la corruzione tra privati.

Circa dieci anni dopo l'introduzione della prima fattispecie criminosa di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, la convergenza di posizioni tra la dottrina

¹⁸³ Non sarà così punibile l'amministratore che accetta la dazione o la promessa non per compiere l'atto contrario ai doveri d'ufficio ma al solo fine di smascherare il comportamento del corruttore, che dunque sarebbe punibile a titolo di tentativo. Il medesimo discorso può farsi a parti invertite. Sul punto v. MACCARI A.L., *op. cit.*, 179.

¹⁸⁴ Sostiene questa tesi AMATI E., *op. cit.*, 444 ss.

¹⁸⁵ A sostegno dell'ammissibilità del dolo eventuale v. AMATI E., *op. cit.*, 444 ss; BRICCHETTI R., *op. cit.*, 517; FAIELLA S., *op. cit.*, 270 ss; MARTINI A., *op. cit.*, 529; SANTORIELLO C., *op. cit.*, 277 ss.

¹⁸⁶ Si pensi al caso in cui il direttore dell'ufficio acquisti, per agevolare una frode fiscale commessa dal suo fornitore, accetti una dazione illecita in cambio dell'omessa annotazione di una fattura nel registro acquisti ai fini della detraibilità dell'Iva a credito sull'Iva dovuta, rappresentandosi in termini di alta percentuale che per l'ammontare dell'imposta versata al venditore la società avrebbe potuto beneficiare di un considerevole risparmio di imposta.

italiana e la legislazione sovranazionale rese improcrastinabile un intervento legislativo sulla disciplina della corruzione nel settore privato.

Sollecitato dalla già citata valutazione del GRECO del marzo 2012¹⁸⁷, nonché dal più che esiguo numero di sentenze penali aventi ad oggetto l'articolo 2635 C.c. (desolante testimonianza delle difficoltà della norma del 2002 nel contrastare una prassi più che mai presente negli ambienti imprenditoriali italiani), il legislatore penale colse l'occasione per ridisegnare la materia nel contesto della più ampia riforma della disciplina sulla corruzione pubblica.

Il 6 novembre del 2012 venne così tramutato nella legge n. 190 (c.d. Legge "Severino") il d.d.l. recente "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica amministrazione".¹⁸⁸

Benché l'obiettivo della riforma, come suggerisce lo stesso titolo, fosse riorganizzare l'assetto punitivo e soprattutto preventivo delle fattispecie di concussione, induzione indebita e corruzione nel settore pubblico, il comma 76 dell'art. 1 della legge 190 andava a modificare il precedente dettato del 2635 C.c. fin dallo stesso *nomen juris* della rubrica, che da "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" si tramutava nell'attuale "corruzione tra privati"¹⁸⁹, la quale tuttavia non si presentava come un'ipotesi di *abolitio criminis* ma si poneva, senza dubbio alcuno, su un piano di continuità normativa con la fattispecie pregressa. Seppur salutata con favore da

¹⁸⁷ Le lacune individuate nel corso della 54^o adunanza del GRECO avevano ad oggetto in particolare il ristretto numero di soggetti attivi contemplato dalla norma, la procedibilità a querela, l'omessa tipizzazione dell'offerta e della sollecitazione, la mancanza di un'espressa punibilità dell'intermediazione di terzi e l'assenza della corruzione privata tra i reati presupposto per la responsabilità dell'ente.

¹⁸⁸ L. 6/11/2012 n. 190. Pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 13/11/2012 n. 265.

¹⁸⁹ Si riporta il testo dell'art. 2635 C.c. *post* l. 190/2012.

Corruzione tra privati. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori che, a seguito della dazione o promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

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

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

alcune voci dottrinali¹⁹⁰, la novella del 2012 non mancò di sollevare perplessità sulla reale possibilità di svolgere la funzione a cui era stata chiamata, visto il mantenimento di quegli elementi normativi che fin dal 2002 avevano ostacolato l'effettiva applicazione della norma, primi fra tutti l'applicabilità al solo ambito delle società commerciali e non anche a quello delle società di persone, degli enti *no profit* e dell'arbitrato¹⁹¹, l'immutata centralità dell'interesse societario e la querela quale condizione di procedibilità.¹⁹²

La stessa modifica della rubrica, se per un verso viene intesa come un tentativo di incentrare il disvalore del fatto non tanto sulla mera gestione infedele quanto più sul patto corruttivo in sé¹⁹³, dall'altro lato corre il rischio di tradire un'ipotesi di "pubblicità ingannevole" se non addirittura di una "maldestra e velleitaria truffa delle etichette"¹⁹⁴, continuando la fattispecie a riguardare quello che nei fatti rimane un comportamento infedele degli organi societari per la cui rilevanza penale rimane necessario un nocumento alla società.

Non si può tuttavia non considerare il rilievo sul piano politico-criminale assunto dalla nuova intitolazione, significativo rispetto a tre ordini di fattori.

In primo luogo, per la messa in luce di una prospettiva ampliata di tutela, che trascende gli interessi patrimoniali della sola società estendendosi alla salvaguardia della concorrenza (come del resto testimonia l'ipotesi di procedibilità d'ufficio)¹⁹⁵; secondariamente, per un apprezzabile tentativo di cesura terminologica con l'infedeltà di cui all'articolo 2634 C.c., in conformità alla disciplina penalistica degli

¹⁹⁰ Cfr. in particolare MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2699; MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione*, 919 ss.; SPENA A., *La corruzione privata*, 696 ss.

¹⁹¹ Su questo punto si rinvia alle considerazioni di MAZZOTTA G., *op. cit.*, 23 ss. L'autore individua un limite nella disciplina nella parte in cui non attribuisce rilevanza penale alle corruzioni che coinvolgono fondazioni bancarie e altre organizzazioni private che svolgono attività economiche e finanziarie di rilievo. *Amplius*, la mancata estensione della normativa ad ambiti privati non commerciali ma in cui si rinvergono centri di potere possibili oggetto di mercimonio impedisce, ad esempio, di perseguire in maniera effettiva le corruzioni degli arbitri e dei mediatori, riconosciuti dalla Corte di Cassazione non come esercenti un servizio di pubblica utilità bensì quali soggetti di natura privatistica. Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 6 Febbraio 2013, n. 5901.

¹⁹² Significative in questo senso sono le parole di FAIELLA S., *op. cit.*, 255, che interpreta la riforma dell'articolo 2635 C.c. come il risultato della volontà del legislatore di fare da "grancassa ad una volontà popolare, ordinariamente forcaiola, forse, con la consapevolezza che questa norma non avrà alcun peso, in ragione della sua ardua applicabilità".

¹⁹³ V. BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 440 ss.

¹⁹⁴ Le due citazioni virgolettate sono rispettivamente di MAZZOTTA G., *op. cit.*, 9; SPENA A., *La corruzione privata*, 698.

¹⁹⁵ V. BELLACOSA M., *op. cit.*, 41 ss.

altri stati europei¹⁹⁶. Ad ultimo, è innegabile il maggior carattere stigmatizzante che assume il termine “corrotto” riferito ad un amministratore rispetto al vocabolo “infedele”, così come la classificazione di “corruttore” per chi dà o promette l’utilità.¹⁹⁷

Terminata questa breve analisi delle più significative reazioni dottrinali alla novella del 2012, si può ora focalizzare l’attenzione sugli elementi di novità più rilevanti apportati dalla riforma.

8.1. L’allargamento della platea dei soggetti attivi.

Le maggiori novità della riforma del 2012 operano *in primis* sul versante dei soggetti del reato, il cui novero è stato ampliato fino a ricomprendere anche coloro che fossero sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei vertici societari e degli altri soggetti di cui al primo comma, fatti salvi i revisori contabili, la cui corruzione, come accennato *supra*, oggi è integralmente disciplinata dall’art. 28 del d.lgs. 39/2010.

Ferma restando l’applicazione del nuovo comma secondo ai soli dipendenti di una società commerciale, l’inclusione dei sottoposti tra i responsabili per l’accettazione della promessa o della dazione indebita, ancorché sanzionati in maniera più mite, veniva salutata con favore della dottrina¹⁹⁸ e rispondeva tra l’altro ai richiami del GRECO, esprimendo, verosimilmente, la volontà del legislatore di adempiere, almeno in parte, gli obblighi di fonte sovranazionale.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Prendendo come riferimenti Germania e Gran Bretagna, si può infatti distinguere a livello terminologico l’utilizzo, rispettivamente, dei termini *Untreue* e *Disloyalty* per indicare gli illeciti di infedeltà e, per contro, le parole *Bestechung/Bestechlichkeit* e *Bribery* per indicare le ipotesi di corruzione privata. Sul punto v. FORTI G., *op. cit.*, 1118.

¹⁹⁷ Secondo SEMINARA S., *Gli interessi tutelati*, 974, il termine corruzione appare impregnato di una nota di riprovazione la cui portata stigmatizzante supera quella che si accompagna ad ogni altro reato dei pubblici ufficiali, in quanto l’illecito in esame non è incentrato su un isolato accadimento storico, come un peculato, ma su un atteggiamento personale di disonestà e infedeltà, che evoca inoltre la possibilità di una ripetizione nel tempo della medesima condotta.

¹⁹⁸ V. BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 444. Secondo l’autore la modifica dei soggetti è da salutare con favore perché anche le figure che rivestono una posizione subordinata, in quanto capaci di orientare le scelte di gestione dell’ente collettivo, possono essere oggetto di proposte corruttive. Sul punto v. anche MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2700 e SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, 62 ss. Quest’ultimo definisce la previgente elencazione dei soggetti attivi come “priva di qualsiasi fondamento logico”, vista l’esclusione della rilevanza penale della vendita di atti d’ufficio da parte del direttore finanziario o amministrativo o del personale della società.

¹⁹⁹ Sia consentito rinviare *supra* alle sezioni dedicate alla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d’Europa ed alla Decisione Quadro 2003/568/GAI.

La scelta di estendere la platea dei destinatari della corruzione privata ai soggetti subordinati era auspicata già nelle prime reazioni dottrinali al d.lgs. 61/2002²⁰⁰ e si concilia del resto con l'esigenza di accentuare l'efficacia della repressione delle fattispecie di corruzione societaria, posto che nella prassi d'impresa la stessa spesso non coinvolge tanto i vertici aziendali quanto più i lavoratori eterodiretti, ed in particolar modo i vertici dirigenziali dei singoli uffici diversi dai direttori generali.²⁰¹ Va inoltre sottolineato come il legislatore del 2012 abbia optato per la medesima terminologia già presente all'art. 5 lett. B) del d.lgs. 231/2001 (ove i soggetti sottoposti che potrebbero commettere reati presupposto nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica sono definiti proprio "persone sottoposte alla direzione e vigilanza").²⁰² Questa scelta linguistica si concilia, d'altronde, con l'introduzione della corruzione tra privati tra i reati-presupposto della responsabilità degli enti, di cui si dirà meglio nelle pagine successive.

In merito all'individuazione dei soggetti sottoposti, *nulla quaestio* rispetto all'inclusione dei lavoratori subordinati ai sensi dell'art. 2094 C.c. e dell'art. 49 del T.u.i.r., in quanto, per definizione, alle dipendenze e sotto la direzione dei vertici dell'impresa.

Accanto ai lavoratori subordinati *strictu sensu* parte della dottrina affiancava anche i collaboratori parasubordinati ai sensi dell'art. 409 C.p.c., equiparati ai lavoratori subordinati sia dalla disciplina processualcivilistica che da quella fiscale.²⁰³ Tuttavia, in ambito penale, al fine di evitare un'indebita analogia *in malam partem* il secondo

²⁰⁰ V. in particolare MAZZACUVA N., *op. cit.*, 353, secondo il quale anche i dipendenti, pur privi di poteri di direzione e rappresentanza, potrebbero svolgere importanti funzioni dirigenziali e impiegatizie ed essere, in quanti tali, beneficiari di arricchimenti in danno della società.

²⁰¹ A sostegno di tale considerazione sia consentito focalizzare l'attenzione sulla ricerca in materia di *compliance* aziendale "Fraud Survey" condotta nel 2017 da Ernst & Young, intervistando 4.100 dipendenti di società di diversi settori operanti fra Europa, India, Africa e Medio Oriente, dalla quale è emerso come per circa il 71% dei lavoratori italiani la corruzione aziendale sia un fenomeno diffuso e in certi casi giustificabile: il 32% degli intervistati italiani dimostra infatti un atteggiamento più disinteressato nei confronti di un possibile comportamento non etico. Il 73% giustifica tale comportamento in quanto finalizzato a salvaguardare il business, rispetto al 49% degli intervistati di età tra i 45 e i 54 anni. Inoltre, il 68% degli intervistati tra i 25 e 34 anni, crede che i propri dirigenti potrebbero adottare comportamenti non etici al fine di salvaguardare il business, e il 25% di questa fascia di età sarebbe disposto a offrire tangenti in cambio di ottenere o consolidare affari. Infine, il 49% degli intervistati crede che i propri colleghi siano disposti ad agire in modo non etico per migliorare la propria crescita lavorativa e la propria carriera.

I risultati della ricerca sono disponibili in italiano al sito: <https://www.ey.com/it/it/newsroom/news-releases/cs-2017-fraud-survey>.

²⁰² Cfr. BELLACOSA M., *op. cit.*, 44 ss.; ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 307 ss.

²⁰³ Art 50 lett. Cbis) D.P.R. 917 del 1986.

comma dell'art. 2635 C.c. dovrebbe essere letto tenendo conto della nuova disciplina giuslavoristica in materia di collaborazioni coordinate e continuative dettata dall'art. 2 del d.lgs. 51/2015. Ne conseguirebbe così la limitazione della responsabilità per corruzione privata a quei soli rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, i quali del resto sono considerati, di fatto, rapporti di lavoro subordinato.

Rimane così da chiedersi se e a quale titolo possano rispondere di corruzione privata ai sensi dell'art. 2635 C.c. comma secondo quei soggetti legati alla società da collaborazioni coordinate e continuative non equiparate al lavoro subordinato e gli altri collaboratori "esterni" che occasionalmente assumano obbligazioni d'opera nei confronti dei soggetti di vertice.²⁰⁴

Sul punto possono segnalarsi due opposti, ed altrettanto autorevoli, orientamenti.

Da un lato vi è chi afferma che l'influenza esercitata dal d.lgs. 231/2001 non consentirebbe di estendere la platea dei sottoposti finanche a quei soggetti autonomi ed esterni all'ente rispetto ai quali gli apicali non possiedono in concreto alcun potere di vigilanza e controllo idoneo a prevederne e prevenirne i comportamenti illeciti.²⁰⁵

Ne conseguirebbe dunque la responsabilità di quei soli soggetti sottoposti ad un rapporto di formale dipendenza e direzione con la società.

Sul fronte opposto si riconosce invece una tendenza verso una considerazione penale dei collaboratori esterni, ancorché non formalmente subordinati ai vertici societari ma comunque titolari di obblighi di fedeltà nei confronti della società, la cui violazione dietro corrispettivo indebito, come si vedrà subito *infra*, costituirebbe così una corruzione rilevante ai sensi dell'art. 2635 C.c.²⁰⁶

²⁰⁴ Si pensi ad esempio agli avvocati, gli agenti e i rappresentanti commerciali, i consulenti fiscali ed i commercialisti.

²⁰⁵ L'orientamento in nota è sostenuto, tra gli altri, da SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 63 ss. L'autore non manca tuttavia di riconoscere come le fonti sovranazionali non facciano riferimento ai soli lavoratori subordinati ma a tutti coloro che svolgono "funzioni lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato".

²⁰⁶ Sul punto cfr. BELLACOSA M., *op. cit.*, 44 ss; ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 308 ss.

8.2. Gli obblighi di fedeltà: verso un modello di tutela “lealístico”?

Sul piano del fatto tipico, l'affiancamento agli “obblighi d'ufficio” degli “obblighi di fedeltà”, quale parametro rispetto al quale valutare la contrarietà dell'atto compiuto od omesso dietro il corrispettivo indebito²⁰⁷, presenta senz'altro una notevole portata innovativa, e, fisiologicamente, non pochi dubbi interpretativi.

Se infatti per un verso la considerazione penale degli obblighi di fedeltà del soggetto risponde alle sollecitazioni europee²⁰⁸ e permette di ampliare lo spettro applicativo della fattispecie anche alle condotte dei lavoratori subordinati rispetto ai quali potrebbe essere difficile individuare dei veri e propri “obblighi d'ufficio”²⁰⁹ (riscontrabili solo in capo a soggetti formalmente qualificati), da un altro punto di vista l'eccessiva ed incontestabile genericità ed indeterminatezza della formula legislativa si presterebbe, per la sua indubbia latitudine interpretativa, a poter sanzionare penalmente ogni inosservanza di generali doveri di fedeltà, lealtà e correttezza indipendentemente dalla loro cristallizzazione all'interno di una qualsiasi fonte formale, legislativa, regolamentare o contrattuale, con il rischio di “penetranti intrusioni del diritto penale nella politica d'impresa”²¹⁰ e di ingerenze del giudice penale nel contesto di scelte aziendali che in determinate situazioni possono fisiologicamente contrastare, anche se provvisoriamente e perfino nell'interesse della società stessa, i doveri di etica e fedeltà che caratterizzano il rapporto tra ente ed organi sociali²¹¹ o tra ente e lavoratori subordinati.

²⁰⁷ È pacifico che per “atto” debba intendersi ogni manifestazione della funzione ricoperta dell'*intraneus*, compresi i comportamenti materiali.

²⁰⁸ L'art. 2 della Decisione Quadro 568 del 2003 fa infatti riferimento, genericamente, alla “violazione di un dovere”, dovendosi intendere per esso, secondo SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 64, qualsiasi comportamento sleale che costituisca violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito di una persona che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato: la definizione europea resterebbe così vincolata ad obblighi di fonte legale e contrattuale, ben lontana dalla vaghezza connaturata agli obblighi di fedeltà introdotti dal legislatore nazionale.

²⁰⁹ Sul punto v. BELLACOSA M., *op. cit.*, 46, secondo cui per i dipendenti sarebbe più agevole ravvisare, nel caso dell'adesione ad un accordo corruttivo, una violazione di obblighi di fedeltà assunti verso la società dalla quale si sia ricevuto un incarico da espletare in maniera *fedele*. Del medesimo avviso è ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari I*, 341.

²¹⁰ Così MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2700, riportando MUSCO E., *I nuovi reati*, 236. Sul punto cfr. anche MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione*, 921 ss.

²¹¹ Si pensi ad una situazione di crisi di liquidità della società per fronteggiare la quale l'amministratore decida di falsificare voci di bilancio non riguardanti “fatti materiali rilevanti” ex art. 2621 C.c. (viceversa si ricadrebbe in un'ipotesi di violazione di doveri d'ufficio) dietro un corrispettivo versato dai soci interessati al fine di conseguire un mutuo da una banca, nell'ottica e con la speranza di saldare il debito con i proventi di futuri investimenti.

Al di là delle tesi a sostegno o meno dell'introduzione degli obblighi di fedeltà nel dettato dell'articolo 2635 C.c., vi è unanimità sul riferimento normativo per l'individuazione di questi doveri di lealtà, *rectius* l'articolo 2105 C.c.²¹², rubricato appunto "Obblighi di fedeltà", il quale fissa le prescrizioni alla cui osservanza è tenuto il prestatore di lavoro, e quindi il dipendente, nei confronti del datore, qui identificato nella società di appartenenza.²¹³ Prescrizioni che si risolvono in un divieto di concorrenza e in un generico dovere di riservatezza, e che, anche in ambito civilistico, non consentono di determinare l'estensione del contenuto di questi obblighi, assumendo piuttosto i contorni di vaghezza e moralismo che una disposizione penale dovrebbe per natura ripudiare e che sarebbero in ogni caso in contrasto con il principio di legalità e con il principio di offensività del fatto.²¹⁴

La giurisprudenza stessa in materia non aiuta a risolvere il problema, andando semmai ad acuirlo con una tendenza ad estendere i contenuti dell'obbligo di fedeltà del lavoratore ben oltre la "leale concorrenza" prevista dall'articolo 2105 C.c., integrandone il disposto ricorrendo a clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi degli articoli 1175 e 1375 del Codice civile²¹⁵, con la paradossale conseguenza di dover riconoscere responsabile, almeno in astratto, ai sensi dell'articolo 2635 C.c., anche il lavoratore che ipoteticamente, dietro compenso di un terzo interessato, si avvalga di un servizio prestato da un'impresa

²¹² Si riporta il testo dell'art. 2105: *Obblighi di fedeltà. Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, ne' divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.*

²¹³ Cfr. BELLACOSA M., *op. cit.*, 46; SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 63 ss; SPENA A., *La corruzione privata*, 705 ss. Quest'ultimo interpreta il contenuto dell'art. 2105 come rivolto a definire il campo di una lecita concorrenza, ossia come interesse dell'imprenditore alla competitività della propria impresa, e quindi come espressione della sua libertà di iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 C.

²¹⁴ Si rinvia a SPENA A., *La corruzione privata*, 707 ss. Sul tema v. anche MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione*, 921 ss.

²¹⁵ Si veda ad es. Cass. Civ. Sez. Lav., 18 Giugno 2009, n. 14176, con cui il giudice di legittimità ha individuato che l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato ha un contenuto più ampio di quello risultante dall'art. 2105 c.c., dovendo integrarsi con gli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono correttezza e buona fede anche nei comportamenti extra-lavorativi, necessariamente tali da non danneggiare il datore di lavoro; sul punto cfr. anche Cass. Civ. Sez. Lav., 1 Febbraio 2008, n. 2474, mediante la quale la Suprema Corte ha imposto al lavoratore di astenersi non solo dai comportamenti di cui all'articolo 2105 C.c., ma anche da qualsiasi altra condotta che, per la natura e le possibili conseguenze, risulti in contrasto coi doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore, come ad es. l'uso di espressioni critiche lesive del decoro dell'impresa datoriale suscettibili di pregiudicare l'immagine.

concorrente di quella al quale egli appartiene, qualora da questa sua condotta ne derivi un, improbabile, nocumento alla società del suo datore.

Un appiglio è invece fornito dalla dottrina giuslavoristica più autorevole, orientata nel senso che i contenuti dell'obbligo di fedeltà siano da ritenere tassativamente ed esclusivamente esposti nell'articolo 2105 C.c.: il rapporto di lavoro avrebbe connotati meramente contrattuali, e richiederebbe nient'altro che l'adempimento delle prestazioni contrattuali implicate nel rapporto, e non certo una fedeltà in senso affettivo, quale una devozione alla causa dell'impresa o nei confronti del principale quale persona fisica.²¹⁶

Certo è che una tale interpretazione restrittiva, pur consentendo di guadagnare in termini di offensività e determinatezza, determina una perdita in termini di innovazione riferibile all'introduzione degli "obblighi di fedeltà" nel dettato dell'articolo 2635 C.c., dal momento che gli obblighi di fonte legale di cui all'articolo 2105 rientrano, come analizzato *supra*, nella categoria degli "obblighi inerenti all'ufficio" del corrotto, la cui violazione era già contemplata in termini penalistici dalla prima versione della fattispecie.

A prescindere dalle speculazioni interpretative sulla portata del termine, l'aspetto più significativo dell'introduzione degli "obblighi di fedeltà" nello statuto della corruzione privata risiede nel passaggio da una disciplina integralmente ispirata al già discusso modello "patrimonialistico" ad una nella quale traspare l'adesione, parziale, ad uno schema di tutela di natura "lealistico-fiduciaria", secondo il quale il disvalore della corruzione risiederebbe non tanto nel successivo danno patrimoniale ma già nella mera violazione dei doveri di fedeltà e lealtà che legano l'agente al suo principale, e nella conseguente alterazione dei processi decisionali che vedono coinvolto l'agente corrotto²¹⁷ (si può facilmente ipotizzare la più classica delle ipotesi di spionaggio industriale, ove il dipendente, dietro un'utilità indebita ricevuta da un concorrente del suo datore di lavoro, riveli a quest'ultimo prassi industriali o di

²¹⁶ V. SPENA A., *La corruzione privata*, 708.

²¹⁷ V. BELLACOSA M., *op. cit.*, 24; GREEN S., *What's wrong with bribery*, in DUFF R.A., GREEN S., *Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law*, Oxford, 2005, 153, il quale individua il disvalore della corruzione nel solo patto corruttivo, a prescindere dalla liceità dell'atto conseguente: "*Of course, none of this is to say that every act of bribery will necessarily lead to any actual bad decisions. As we shall see below, a legislator or judge can be bribed into making the same correct decision she would have made absent the bribe. All that is required is that the decision-making process itself be corrupted by the payment of the bribe is that the decision-making process itself be corrupted by the payment of the bribe*".

marketing la cui diffusione potrebbe determinare un pregiudizio ai profitti della società di appartenenza).

Simile impostazione è stata, peraltro, da tempo adottata dagli articoli 445-1 e 445-2 del *Code pénal* francese, dall'art. 328^{ter} del Codice penale olandese e più recentemente dal §299 del codice penale tedesco.

La stessa giurisprudenza di legittimità, nel contesto della più volte richiamata sentenza 5848 del 2012, ha riconosciuto la portata innovativa della riforma proprio per l'apertura di uno spiraglio verso una concezione (anche) lealistica della *ratio* dell'incriminazione, avvalorando così la tesi secondo cui la norma in esame mirava già - e sia, a fortiori oggi, strumentale - alla repressione di forme di *mala gestio* tali da determinare deviazioni al fisiologico andamento delle attività della società, prima ancora ed a prescindere da lesioni all'integrità del patrimonio della stessa.

L'ispirazione lealistica della riforma del 2012, seppur temperata dalla mantenuta previsione del nocumento alla società senza il quale l'infedeltà dell'agente al principale rimarrebbe irrilevante (per lo meno ai fini della consumazione del reato), svelerebbe l'intenzione del legislatore di rafforzare la tutela di un interesse ancora interno alla società, ossia la stabilità dei rapporti di fedeltà tra datore e lavoratore.²¹⁸

Intenzione che sembra essere confermata dal mantenimento della procedibilità a querela da parte della società (o, accettando un'interpretazione più ampia, da parte dei soci) qualora dall'infedeltà derivi un nocumento alla società stessa e non anche alla concorrenza: sarà così il principale tradito dal corrotto a dover valutare se perseguire penalmente il soggetto infedele o se limitarsi all'applicazione di sanzioni disciplinari interne di carattere strettamente privatistico, senza alcuna possibilità per eventuali terzi danneggiati di far valere autonomamente il loro affidamento sul fatto che l'agente operi stabilmente nell'esclusivo interesse del suo principale.

Come il modello di tutela penale diretto verso l'interesse patrimoniale della società, così anche quello avente ad oggetto il rapporto di fedeltà tra agente e principale

²¹⁸ BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 446. L'autore riconosce due ipotesi sottostanti alla violazione degli obblighi di fedeltà: da un lato, quella in cui l'amministratore, avendo ricevuto l'utilità o accettato la promessa, non comunicò al datore di lavoro tale circostanza, violando un dovere di trasparenza e informazione, qualora da ciò ne derivi un nocumento alla società; dall'altro lato, l'ipotesi in cui l'agente, accettata una retribuzione indebita, la trattenga per sé, omettendo di trasferirla al datore di lavoro.

merita alcune considerazioni rispetto alla sua applicazione ad una fattispecie quale la corruzione privata nel settore commerciale, contesto nel quale il confine tra la morale e il diritto si presenta in tutta la sua labilità.

Giova innanzitutto ricordare che alla base di ogni corruzione, pubblica o privata, vi sono due fatti di relazione: uno, fisiologico ed ufficiale, tra agente e principale, l'altro, patologico e segreto, tra agente e terzo corruttore.²¹⁹

Il "principale" è normalmente identificato come centro di imputazioni di interessi, che esso sia persona fisica o giuridica, mentre l'"agente" è colui che ha il compito di curare questi interessi in virtù della delega di poteri conferitagli dal principale: l'agente è così titolare della cosiddetta "*role responsibility*", ossia quando egli "occupa all'interno di un'organizzazione sociale, un posto o un ufficio particolari al quale siano connessi specifici doveri di provvedere al benessere di altri soggetti o di contribuire in qualche modo al perseguimento degli scopi o degli obiettivi dell'organizzazione".²²⁰ Come si può dedurre dalla definizione, il concetto di *role responsibility* è strettamente connesso con la sussistenza di un rapporto di fedeltà e lealtà tra principale ed agente, il quale viene meno nel momento in cui quest'ultimo intrattiene con un *extraneus* una relazione parallela e avente un oggetto contrario agli interessi del principale.

In questo senso, la "legittimazione alla corruzione" passiva non può prescindere dalla titolarità di una gamma di poteri e doveri connessi al ruolo ricoperto nell'organizzazione aziendale.

Partendo da questi presupposti si può affermare che una corruzione che espliciti il suo disvalore attraverso il solo venir meno della fedeltà dell'agente al principale rilevarebbe col solo perfezionamento del *pactum sceleris*, senza richiedere come *quid pluris* l'esecuzione dell'accordo con conseguente nocumento alla società (quest'ultimo infatti non è richiesto né dalla disposizione francese né da quella olandese); come si vedrà più avanti, un simile approccio è stato seguito dal legislatore in seno alla riforma del 2017, la quale ha infatti soppresso la necessità del

²¹⁹ Su quanto segue v. BELLACOSA M., *op. cit.*, 20 ss; SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 809 ss.

²²⁰ L'elaborazione del concetto della "*role responsibility*" e la citazione riportata sono di HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, 212 ("whenever a person occupies a distinctive place or office in a social organisation, to which specifies duties are attached to provide for the welfare of others or to advance in some specific way the aims or purposes of the organization").

“nocumento” alla società, attribuendo rilevanza al solo patto illecito, segnando di fatto l’adozione *tout court* del modello di tutela lealistico-fiduciario nell’ambito della corruzione tra privati²²¹; la scelta di riconoscere (anche) la lealtà verso il principale, a prescindere da un qualsiasi danno patito dalla società, quale interesse tutelato dall’articolo 2635 C.c., si presta tuttavia ad una serie di critiche, prima fra tutte la criminalizzazione di un mero comportamento “immorale”.

8.3. La procedibilità d’ufficio in caso di distorsione della concorrenza.

La previgente fattispecie dell’articolo 2635 C.c. si poneva in contrasto coi vincoli comunitari anche e soprattutto per l’accentuata “privatizzazione” della tutela penale, espressa sia dall’evento di nocumento per la società sia, per quanto qui interessa, per la procedibilità a querela della persona offesa, assegnando priorità all’interesse della singola società piuttosto che alla concorrenza.

Preso atto dell’incompatibilità di tale scelta di politica criminale il disegno di legge del 14 giugno 2012 n. 4434, pubblicato dalla Camera dei Deputati, stabiliva la perseguibilità d’ufficio della corruzione tra privati; il Senato tuttavia decise di emendare il d.d.l. riconoscendo un parziale spazio alle valutazioni discrezionali della persona offesa in ordine all’instaurazione del procedimento penale²²²; la corruzione tra privati rimase così perseguibile a querela della persona offesa, salvo che dal fatto fosse derivata una distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni e servizi.²²³

Se tale compromesso ha segnato il parziale ingresso della tutela della concorrenza nell’orizzonte offensivo dell’art. 2635 C.c., mediante l’introduzione di una dimensione pubblicistica prima inesistente, per altro verso non ha provveduto a dissipare i dubbi relativi alla natura giuridica della “distorsione della concorrenza” e sul rapporto con l’evento di “nocumento” della società, determinando l’insorgere di un’articolata *querelle* sul tema.

²²¹ V. LA ROSA E., *op. cit.*, 3.

²²² V. Disegno di legge S. 2156 – B.

²²³ La terminologia qui adoperata richiama l’art. 2 par. 3 della Decisione Quadro 2003/568/GAI, in cui si consente agli Stati membri di delimitare i fatti di corruzione privata alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni della concorrenza riguardo all’acquisizione di beni e di servizi commerciali. Ciò nonostante, la fattispecie *ex art.* 2635 C.c. conserva una natura peculiare rispetto all’impostazione europea, non prevedendo quest’ultima il nocumento alla società e assegnando la stessa rilievo alle condotte che potrebbero mettere anche solo in pericolo la concorrenza.

8.3.1. La concorrenza tra legislazione *antitrust* e disciplina penalistica.

Al fine di specificare i contorni della tutela penale della concorrenza è tuttavia opportuno fornire un breve quadro preliminare degli aspetti fondamentali della disciplina in chiave economico-giuridica.

È ben noto come il modello ideale di concorrenza lucidamente descritto dall'economista austriaco Friedrich von Hayek nella sua opera cardine "Legge, legislazione e libertà" sia rappresentato da una serie di fattori quali la contemporanea presenza sul mercato di una pluralità di operatori in competizione tra loro per rispondere alla domanda di beni e servizi proveniente dalla collettività, con conseguente frazionamento dell'offerta tra più imprese in modo che nessuna di queste sia in grado di condizionare il prezzo delle merci vendute; la libertà dei consumatori di orientare le proprie scelte verso i prodotti più convenienti; l'assenza di ostacoli all'ingresso di nuovi operatori; la "naturale" eliminazione dal mercato delle imprese meno competitive.²²⁴

L'esperienza comune insegna tuttavia che un tale modello, benché cristallizzato nell'art. 41 primo comma della Costituzione, è meramente ideale e teorico.

Nella maggioranza dei settori di produzione, infatti, la tendenza va verso un regime di mercato sempre più lontano dalla concorrenza perfetta, fisiologicamente e talvolta patologicamente compromessa da fenomeni per i quali la libertà di iniziativa economica dei singoli viene inevitabilmente compressa.

Tra questi assumono particolare rilevanza, per quanto interessa in questa sede, la stipulazione di patti ed intese (più o meno leciti) diretti a restringere la concorrenza e a costituire posizioni dominanti sul mercato dei soggetti parte degli accordi, i quali potranno predeterminare a piacimento i prezzi dei beni, condizionare le scelte dei consumatori, danneggiare i lavoratori e precludere l'ingresso sul mercato a chi rifiuta di accettare le condizioni imposte da detti accordi.²²⁵

²²⁴ Cfr. VON HAYEK F. A., *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Il saggiatore, Milano, 2010.

²²⁵ È interessante in questo senso l'osservazione di SUTHERLAND E., *op. cit.*, secondo il quale gli accordi tra imprese (*gentlemen's agreements*) diretti a limitare la concorrenza non rappresenterebbero altro che un'ingerenza di privati capitalisti nell'economia corrispondente a quella dello Stato tipica del dirigismo economico socialista, con la differenza che, se l'ingerenza di quest'ultimo persegue, almeno astrattamente, la tutela della collettività, le posizioni di dominio assunte sul mercato dai privati vanno a vantaggio esclusivo di questi ultimi, e spesso a danno della comunità.

È pacifico che un simile contesto, oltre a rappresentare, come già accennato *supra*, un *humus* criminogeno ideale per la contaminazione del mercato da parte di una criminalità economica organizzata, agevola l'insorgere di situazioni di pericolo per un vastissimo ordine di interessi, tanto di natura privatistica e patrimoniale quanto di carattere prettamente pubblicistico.

Pur nella consapevolezza che una preclusione aprioristica delle fisiologiche prassi limitative della concorrenza potrebbe talvolta risultare controproducente rispetto alla tutela della stessa²²⁶, il legislatore italiano, sovente sollecitato dagli organismi internazionali, è andato a prevedere strumenti di tutela civilistica, amministrativa ed infine penale nell'ottica di ostacolare e reprimere intese tra privati in grado di degenerare in situazioni di palese contrasto con l'interesse sociale e generale di cui al comma secondo dello stesso art. 41 della Carta costituzionale.

Ed invero, già prima dell'ingresso nel diritto penale societario di un'espressa fattispecie di corruzione privata (peraltro non immediatamente incentrata sulla protezione della concorrenza) possono osservarsi diversi interventi del legislatore finalizzati a sanzionare le pratiche restrittive della concorrenza.

Sul versante extra-penale, la disciplina cardine è individuabile nella legge 287 del 1990, c.d. Legge Antitrust, norma di attuazione dell'art. 41 della Costituzione e degli artt. 101 e 102 del TFUE, i quali fissano il principio per cui la libera iniziativa economica e la competizione fra imprese non possono tradursi in atti e comportamenti che pregiudicano la struttura concorrenziale del mercato.²²⁷

²²⁶V. LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in CATRICALÀ A., GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, UTET, Milano, 2011, 104. L'autore sottolinea che spesso le pratiche limitative della concorrenza sono fenomeni che rispondono ad esigenze oggettive del sistema economico e possono avere effetti positivi nelle relazioni concorrenziali fra imprese interessate, purché siano considerate indispensabili sotto tre profili: la necessità del coordinamento in alternative ad un'azione indipendente delle imprese coinvolte; la necessità del coordinamento al fine del guadagno di efficienza che l'intesa persegue; la verifica che l'intesa prescelta sia la meno restrittiva fra quelle possibili.

²²⁷ Tra gli accordi tra imprese ritenuti incompatibili con il mercato interno e con la libera concorrenza gli artt. 101 e 102 del TFUE riconoscono in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Data la complessità e vastità dell'argomento, e l'impossibilità di fornire un'adeguata trattazione della legislazione *antitrust* in quest'elaborato, ci si limiterà a tracciare i contorni generalissimi della disciplina, rinviando a sedi più appropriate una disamina maggiormente approfondita.²²⁸

Per quanto riguarda la tutela della concorrenza, la legge 287, accanto all'introduzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 10) prevede un divieto generale per le imprese private, pubbliche e partecipate di stipulare intese²²⁹, anche non connotate dagli elementi tipici della corruzione, che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante (art. 2). Simili intese, salvo deroghe eccezionali concesse dall'Autorità garante *ex art. 4*²³⁰, sono nulle a tutti gli effetti *ex artt. 1421 e 1422 C.c.* e comportano l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui alle sezioni II e III del capo I della l. 689 del 1981.

Conclusi questi brevissimi cenni alla disciplina *antitrust* extrapenale, ci si può ora concentrare altrettanto succintamente su alcune fattispecie penalistiche particolari ed indirettamente rilevanti di corruzione privata presenti nel nostro ordinamento finalizzate alla tutela della concorrenza.

Accanto alla già vista corruzione dei revisori *ex artt. 28 e 30 del d.lgs. 39/2010*, la quale tuttavia incide in via marginale sulla concorrenza, una forma speciale di corruzione nei rapporti commerciali può individuarsi innanzitutto nei reati di "turbata libertà degli incanti" di cui all'art. 353 C.p., e "astensione dagli incanti" *ex art. 354 C.p.* Trattasi di due reati ad evento tra loro speculari che presentano i connotati di una corruzione tra privati qualora l'impedimento o la turbativa dell'asta vengano

²²⁸ V. in particolare CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, VII ed., UTET, Milano, 2013, 219 ss; ONORATO M., *Nozione di intesa e requisiti del contratto*, in CATRICALÀ A., GABRIELLI E. (a cura di), *op. cit.*, 47 ss.

²²⁹ Secondo ONORATO M., *op. cit.*, 52 ss. le intese *ex art. 2 l. 287*, sulla scia della giurisprudenza comunitaria, consisterebbero, accanto ai semplici *gentlemen's agreements*, nell'approvazione da parte di un'impresa delle linee guida commerciali promosse da altra; nella clausola di un accordo che, pure inefficace, venga eseguita dalle parti; l'invio di una circolare che inviti ad un certo comportamento seguita dalla restituzione di una copia sottoscritta; la spedizione da parte del produttore di una fattura con scritto "esportazione vietata" seguita dall'acquiescenza dei distributori; la mera partecipazione di un'impresa ad una riunione nella quale siano raggiunti patti anticompetitivi.

²³⁰ Ai sensi dell'art. 4 l'AGCM può consentire intese restrittive della concorrenza qualora diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori.

realizzati mediante doni o promesse ai concorrenti (o “collusione” con essi) e, nel caso di cui all’art. 354 C.p., quando l’astensione venga deliberata a seguito della dazione o promessa di denaro o altra utilità da parte del concorrente corruttore. Benché le due fattispecie si collochino nel titolo del Codice dedicato ai reati contro la pubblica amministrazione, accanto a chi ha individuato l’unico bene giuridico nella regolarità degli incanti e delle licitazioni private²³¹ vi è dottrina altrettanto autorevole che ha ravvisato la concorrenza²³² (se non anche esclusiva²³³), presenza della libera concorrenza e della libertà di partecipare allo svolgimento della gara tra gli interessi tutelati dalle due disposizioni.

Tuttavia giova evidenziare che, qualora le fattispecie di cui agli artt. 353 e 354 C.p. assumano la forma di una corruzione privata non potrà operare il principio di specialità, ma l’istituto del concorso formale.

Un’altra ipotesi speciale di corruzione privata contro la libera concorrenza è prevista dalla datata, e quasi mai applicata, contravvenzione di “comparaggio” di sostanze medicinali e altri prodotti farmaceutici *ex* artt. 170-172 r.d. n. 1265 del 1934: il modello corruttivo emerge in ogni aspetto delle fattispecie (accettazione di denaro del farmacista o del medico in cambio dell’agevolazione, tramite prescrizioni mediche o altri mezzi, della diffusione di specialità medicinali o altro prodotto farmaceutico), ancorché circoscritto a specifiche categorie di soggetti e attività economiche. Anche rispetto al comparaggio sono stati individuati due distinti interessi tutelati: la libertà e autonomia del medico nelle scelte terapeutiche la leale concorrenza tra le case farmaceutiche, alterata proprio dall’ingerenza delle stesse nella professione medica.²³⁴

La corruzione tra privati emerge trasversalmente anche nella fattispecie di “mercato di voto” prevista dall’art. 233 della legge fallimentare del 1942: in questo caso, l’oggetto del *pactum sceleris* è l’esercizio del voto da parte del creditore in sede fallimentare dietro la semplice stipulazione, col fallito, di vantaggi, senza la necessità del pagamento del prezzo della corruzione né dell’esercizio effettivo del voto. Sul

²³¹ Ha sostenuto questa tesi PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 1998, 449 ss.

²³² Così ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati: note introduttive sull’esperienza italiana*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op. cit.*, 16 ss.

²³³ V. DOLCINI E., MARINUCCI G., (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2006, 2601.

²³⁴ V. ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op. cit.*, 17 ss.

piano dell'interesse tutelato, la libera concorrenza rileva solo in via eventuale ed indiretta, essendo gli oggetti di tutela primari la regolarità delle procedure concorsuali e la *par condicio creditorum*.

Un'ultima ipotesi specifica di corruzione tra privati è la “frode in competizioni sportive” di cui all'art. 1 della l. 401 del 1989²³⁵; la fattispecie è posta in primo luogo a tutela del regolare e leale andamento delle competizioni menzionate, messo in pericolo anche dalla corruzione dei partecipanti alle stesse; al comma terzo della norma è comunque evidente il carattere commerciale dell'illecita pattuizione, nel caso in cui il risultato della competizione è influente sullo svolgimento di concorsi pronostici e scommesse regolarmente esercitate. In simile situazione non è infatti da escludere il pericolo di una lesione della concorrenza tra le agenzie di scommesse, potendo alcune di queste trarre indebiti vantaggi dall'alterazione dei risultati sportivi. Le fattispecie appena elencate non rilevano solo ai fini di un'introduzione sulla tutela della concorrenza nel diritto penale italiano, ma anche rispetto alle problematiche relative al concorso apparente di norme tra alcune di queste e l'art. 2635 C.c., che in seguito all'intervenuta estromissione del nocumento *post* d.lgs. 38/2017 verrà presumibilmente risolto a favore di reati quali il comparaggio e la frode sportiva alla stregua del principio di specialità *ex* art. 15 C.p. ovvero, nel caso del mercato di voto (reato sanzionato più severamente che la corruzione tra privati), in virtù della clausola di sussidiarietà *ex* art. 2635 C.c.

8.3.2. La “distorsione della concorrenza” ai sensi dell'art. 2635 C.c.

Riprendendo ora quanto anticipato *supra*, può affermarsi che la maggiore novità della riforma della l. 190/2012 sia costituita dalla svolta verso un modello di tutela, anche, “concorrenziale”, segno di un tentativo del legislatore di armonizzare la fattispecie di corruzione tra privati alla Decisione Quadro 568, che appunto eleva la concorrenza ad interesse prioritario nel contrasto alla corruzione privata.

Effettivamente, la sempre maggiore globalizzazione del mercato e la tendenza verso una graduale liberalizzazione di attività economiche un tempo di monopolio pubblico giustifica, se non addirittura impone, l'individuazione del nucleo essenziale di

²³⁵ Per una più attenta disamina del reato di cui all'art. 1 della l. 401/1989 si rinvia a TRAVERSI A, *Diritto penale dello sport*, Giuffrè Milano, 2001, 70 ss.

disvalore della fattispecie nell'offesa, anche di semplice esposizione a pericolo, alla concorrenza relativa all'acquisizione di beni o servizi commerciali.²³⁶

La clausola di procedibilità *ex officio* di cui all'art. 2635 C.c. difetta però di tassatività e specificità sotto due profili: in primo luogo non fornisce una risposta chiara all'interrogativo circa l'accezione del termine "concorrenza" contemplata dalla norma incriminatrice della corruzione tra privati; inoltre, non chiarisce i dubbi attinenti al rapporto tra l'evento di nocumento alla società e la distorsione della concorrenza, non meglio specificando se quest'ultima sia considerata semplice finalità della condotta, ovvero evento dipendente dal nocumento o, infine, alternativo a quest'ultimo.

Riguardo al primo ordine di problemi, la dottrina più attenta ha ravvisato due diverse prospettive di tutela della concorrenza: l'una, micro-economica, e l'altra, macro-economica.²³⁷

Secondo l'accezione micro-economica, la tutela della concorrenza sarebbe in realtà funzionale alla salvaguardia di interessi individuali ulteriori, la cui titolarità spetta ai concorrenti ed ai consumatori, ossia le categorie di soggetti che possono ricavare vantaggio dal fatto che in un certo settore di mercato vi sia concorrenza.

Rispetto agli imprenditori, dalla tutela della concorrenza discende il vantaggio, manifestazione dell'art. 41 della Costituzione, di accedere liberamente al mercato e di operare in un settore dello stesso senza vedere la propria offerta pregiudicata da distorsioni corruttive poste in essere dai concorrenti. In tal senso, la salvaguardia della concorrenza sarebbe osteggiata solo da coloro che vedono la stessa come un limite alla possibilità di sviluppare la propria attività economica e che dunque cercano di alterarla tramite intese illecite.²³⁸

²³⁶ Cfr. FLICK G.M., *op. cit.*, 10. Secondo l'autore "si tratta, tra l'altro, di bene la cui rilevanza costituzionale appare, allo stato, indiscutibile. La relativa "copertura" era in verità già desumibile, nel tessuto originario della Carta fondamentale, dal riferimento dell'art. 41 alla libertà di iniziativa economica: libertà da intendere non soltanto in un'accezione di tipo estrinseco e negativo, ma anche e soprattutto in un'accezione positiva, come assenza di condizionamenti indebiti all'esercizio ditale libertà; nonché dall'attitudine dell'art. 11 Cost. ad evocare lo statuto comunitario della concorrenza".

²³⁷ Per tutti BELLACOSA M., *op. cit.*, 50 ss; FLICK G.M., *op. cit.*, 12 ss; SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 828 ss.

²³⁸ Secondo SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 830, la "libera concorrenza" non significa mera assenza di regole e impedimenti, bensì "libertà secondo le regole", ossia nel rispetto di norme che consentono a tutti di godere di margini di manovra analoghi e di fare affidamento sul fatto che gli altri operatori di mercato si comporteranno altrettanto lealmente: il sistema della concorrenza si presenta come una sorta di "contratto sociale".

Dal funzionamento di un sistema basato sulla libera concorrenza trarrebbero poi vantaggi anche i consumatori, nella forma della libertà di scegliere tra le diverse offerte quelle che reputano migliore per soddisfare un proprio bisogno o desiderio. Tuttavia, sia nell'impostazione comunitaria che nei sistemi normativi che improntano la criminalizzazione della corruzione privata sul modello della concorrenza quest'ultima viene intesa con un'accezione non micro, bensì macro-economica. La prospettiva macro-economica intende la libera concorrenza non come presupposto per la tutela di interessi particolari e patrimoniali ma quale interesse generale alla struttura concorrenziale del mercato, condizione per l'efficienza del mercato stesso e per la crescita dell'economia. Tale interpretazione è del resto accolta anche dall'art. 513 C.p. ("turbata libertà dell'industria o del commercio), fattispecie non a caso collocata nel Titolo VIII dedicato ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio.

La dottrina prevalente ritiene però che, nell'esperienza italiana, la giustificazione politico-criminale della repressione della corruzione privata si fondi sulla considerazione in chiave micro-economica della stessa.²³⁹

Non sarebbe infatti agevole attribuire ad una singola operazione corruttiva un grado di offensività tale da incidere sulla struttura stessa del mercato. Salvi infatti i rari casi di "mega-corruzioni" e di corruzioni ripetute serialmente, in effetti capaci di dar vita ad un vero e proprio ordine economico viziato nelle fondamenta²⁴⁰, la capacità offensiva in concreto di una singola corruzione tra privati non sembra potersi estendere al di fuori della relazione nel cui contesto si inserisce, coinvolgendo solamente interessi particolari di singoli imprenditori o consumatori. Intendere i fatti di corruzione privata in chiave macro-economica, *rectius* come fonti di presunto e remoto pericolo per la struttura concorrenziale del mercato, porterebbe così ad attribuire rilevanza ad un fatto in concreto del tutto inoffensivo, se non anche

²³⁹ Cfr. BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 444 ss; BELLACOSA M., *op. cit.*, 54; MAZZOTTA G., *op. cit.*, 19 ss; MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2701; SPENA A., *La corruzione privata*, 709 ss. Di opinione contraria BRICCHETTI R., *op. cit.*, 519; SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 67; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 318, secondo i quali il bene della concorrenza risulterebbe su un piano sistemico e concernente il buon andamento del mercato, dovendosi intendere con l'espressione "se dal fatto derivi una distorsione della concorrenza" una situazione di pericolo astratto derivante dalla condotta corruttiva.

²⁴⁰ Come caso estremo può prendersi ad esempio il fenomeno che interessò l'Albania dal 1991 al 1997, paese la cui giovanissima economia di mercato dopo la caduta del regime comunista venne strutturata su un sistema di truffe finanziarie e schemi piramidali (c.d. *Ponzi schemes*) che determinarono il collasso economico e la successiva guerra civile che dilaniò la nazione.

irrealizzabile, relegando invece nel campo dell'illecito amministrativo le intese restrittive della concorrenza di cui alla legge *Antitrust*, ben più direttamente offensive della concorrenzialità del mercato.

Rinviando a sedi più opportune ulteriori valutazioni per lo più esegetiche sul modello della concorrenza nella corruzione tra privati²⁴¹, può ora illustrarsi brevemente il dibattito acceso in merito ai rapporti tra la distorsione della concorrenza e il “nocumento” alla società richiesto dall’art. 2635 C.c. *ante* 2017.

Un primo orientamento interpretava la distorsione della concorrenza non quale una conseguenza causale della condotta, bensì del nocumento patrimoniale subito dalla società persona offesa, senza il quale l’intera fattispecie non avrebbe comunque potuto configurarsi.

Benchè sostenuto da numerosi autori²⁴², questa prima impostazione non fu immune da feroci critiche sia da parte di chi leggeva questa necessaria derivazione causale dei due eventi come una rozza subordinazione dell’interesse pubblico a quello privato di carattere patrimoniale, rendendo penalmente irrilevante un’offesa per il bene della concorrenza qualora questa non fosse stata eziologicamente connessa con il danno al patrimonio della società del corrotto²⁴³, sia da chi, giustamente, ha letto nel senso di una *probatio diabolica* l’accertamento del nesso causale tra l’evento “nocumento” e l’alterazione della concorrenza.²⁴⁴

Secondo un’altra ed opposta tesi, la distorsione della concorrenza avrebbe invece costituito un ulteriore evento del reato, tuttavia causalmente legato non al nocumento (sempre richiesto per l’integrazione del reato) bensì alla condotta.²⁴⁵

In questo senso, ai fini della procedibilità d’ufficio, la relazione eziologica si sarebbe dovuta ricostruire accertando l’idoneità del compimento od omissione dell’atto non solo rispetto al nocumento ma anche nell’ottica dell’evento distorsivo della

²⁴¹ *Amplius* sul punto FLICK G.M., *op. cit.*, 12 ss.; SPENA A., *Punire la corruzione privata?* 834 ss.

²⁴² V. ANDREAZZA G., PISTORELLI L., *Rel. N. III/11/2012, par. 3.5, Novità legislative: L. 6 Novembre 2012 n. 190 recante “disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 Novembre 2012, 18 ss.; BELLACOSA M., *op. cit.*, 50; MAZZOTTA G., *op. cit.*, 19 ss.

²⁴³ Così MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione*, 922 ss, secondo cui la distorsione della concorrenza sarebbe rimasta priva di tutela penale qualora entrambe le società avessero tratto vantaggio dalla corruzione; v. anche SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 66.

²⁴⁴ Cfr. BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 445 ss; FAIELLA S., *op. cit.*, 269.

²⁴⁵ Cfr. BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 444 ss; SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1/201, 12.

concorrenza, la cui rappresentazione avrebbe altresì costituito autonomo oggetto del dolo delle parti della corruzione.

Tuttavia, anche questa seconda impostazione non si presenta immune da alcune censure. La persistente richiesta del documento alla società del corrotto continua infatti a cristallizzare la tutela sul piano dell'interesse patrimoniale di quest'ultima. Ammettendo del resto che la concorrenza è intesa dall'art. 2635 C.c. in senso micro-economico, la distorsione si verificherà qualora siano lesi gli interessi individuali degli imprenditori concorrenti per l'alterazione della competizione economica già nella singola operazione economica oggetto dell'accordo corruttivo: se ad esempio, nel contesto di acquisizione di una fornitura, l'impresa A e l'impresa B presentano all'impresa acquirente C due offerte di pari qualità, la distorsione della concorrenza avrà luogo qualora l'amministratore di C opti per l'acquisto da A perché corrotto da quest'ultima. In tale situazione è pacifico che B, vittima dell'accordo anticoncorrenziale, rimarrà indebitamente tagliata fuori dall'affare; allo stesso tempo però, in assenza di un pregiudizio per C (che potrà peraltro anche aver tratto un vantaggio dalla corruzione), non sussistendo il fatto, l'interesse economico di B, e il più generale interesse istituzionale alla libera concorrenza nelle gare d'asta private non troverà altri rimedi se non quelli eventualmente forniti dalla disciplina civilistica e *antitrust*.

Vero è che adottando l'interpretazione elastica del concetto di "documento" ricavata dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza 5848/2012 si sarebbe potuto ridimensionare il rischio di un vuoto di tutela: includendo nel concetto anche pregiudizi economicamente valutabili quali il danno all'immagine (qualora il fatto trovasse risonanza mediatica) la compresenza del documento e della distorsione della concorrenza avrebbe giustificato infatti la perseguibilità d'ufficio del reato.

Giova infine soffermarsi brevemente su altre due brillanti argomentazioni elaborate già prima del d.lgs. n. 38 del 2017, le quali, seppur poco fedeli al dato letterale hanno interpretato la distorsione della concorrenza prescindendo da qualsiasi legame con il documento e l'interesse patrimoniale della società, in maniera sicuramente più coerente con il modello di tutela penale della concorrenza affermatosi in sede sovranazionale.

La prima di queste, muovendo dalla considerazione per cui la concorrenza non costituisce un fenomeno empirico bensì una “qualità del mercato legata alle condizioni di accesso”, interpreta la distorsione della sfera come un pericolo astratto ed “occasionale”, connesso a quei soli casi di corruzione aventi ad oggetto l’acquisizione di beni o di servizi. Se si avalla questa tesi, ferma restando la presenza del documento per la configurazione del reato (almeno sino al 2017), dovrà così ammettersi la perseguibilità d’ufficio di tutte quelle corruzioni tra privati che anche solo in astratto implicherebbero una distorsione della concorrenza in quanto alterazione delle regole di funzionamento del mercato (si pensi alla corruzione diretta ad ottenere la rivelazione di segreti inerenti ad una gara ancora da svolgersi).²⁴⁶

La seconda impostazione, stravolgendo la struttura normativa, interpreta invece il fenomeno distorsivo della concorrenza nella forma di un evento tipico ed alternativo rispetto al documento, con un diverso regime di procedibilità a seconda che ricorra o meno quest’ultimo elemento.²⁴⁷ Si sarebbe così di fronte ad una peculiare ipotesi di reato ad evento alternativo, procedibile d’ufficio qualora la distorsione della concorrenza derivi, anche senza documento per la società, dalla mera stipula o dall’esecuzione del patto corruttivo.

In ogni caso, la soppressione dell’evento dannoso ed il passaggio ad un reato di pericolo segnati dalla riforma del 2017, come meglio si vedrà, oltre ad aver svuotato di contenuto le prime due di queste quattro teorie, ha imposto, ed imporrà, nuove interpretazioni della nozione di “distorsione della concorrenza” in coordinamento con la nuova struttura del fatto tipico, non più “gravata” dalla richiesta del documento patrimoniale.

8.4. Modifiche minori.

L’articolo 2635 C.c. *post* 2012 si caratterizza per ulteriori elementi innovativi, che per ragioni di sistematicità è opportuno riportare brevemente.

²⁴⁶ Così SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 67. Sul punto v. anche BRICCHETTI R., *op. cit.*, 518.

²⁴⁷ La tesi in nota è sostenuta da SPENA A., *La corruzione privata*, 712 ss. L’autore pone a fondamento della tesi l’assonanza tra la clausola di procedibilità “salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza” e quella di riserva “salvo che il fatto costituisca più grave reato”, intendendo il “fatto” di cui alla clausola di riserva riferito anche al caso in cui solo la condotta costituisca un più grave reato.

In primo luogo, la riforma del 2012 ha introdotto la clausola di sussidiarietà “Salvo che il fatto costituisca più grave reato”.²⁴⁸

Tale previsione, secondo dottrina pressoché unanime, mirerebbe ad escludere l’applicazione dell’articolo 2635 C.c. nei casi in cui il soggetto corrotto, pur operando in un contesto societario, rivesta una qualifica pubblicistica, di modo che la fattispecie *de qua* dovrà cedere il passo al più grave reato di corruzione propria pubblica di cui all’articolo 318 del Codice penale.²⁴⁹

La clausola di sussidiarietà consente inoltre di definire in maniera definitiva i problemi di concorso apparente con l’infedeltà patrimoniale di cui all’art. 2634 C.c.: l’innalzamento del minimo edittale a un anno rispetto ai sei mesi previsti per l’infedeltà patrimoniale risolve infatti l’*impasse* originatasi dopo la riforma del 2002, che aveva introdotto un paradossale maggior trattamento sanzionatorio per la fattispecie generale, con un disvalore minore, di cui all’art. 2634 C.c.

Si può dunque affermare che oggi, in caso di concorso apparente tra norme, non potrà che trovare applicazione l’articolo 2635 C.c.²⁵⁰

La clausola di sussidiarietà non potrà tuttavia considerarsi rilevante in alcun modo nei casi in cui la corruzione costituisca l’antecedente, o il presupposto, di una diversa fattispecie, più o meno gravemente sanzionata, posta a tutela di interessi diversi e tipizzante fatti eterogenei: in simili casi non potrà dunque che riconoscersi un concorso di reati non apparente, ma effettivo (si pensi ad una corruzione da cui deriva la realizzazione di una falsa comunicazione sociale, l’abbandono di una licitazione privata da parte di un concorrente o il rilascio di una fattura per operazioni inesistenti *ex art. 8 d.lgs. 74/2000*).

Tra le altre modifiche formali operate dalla legge Severino va segnalato il riferimento specifico al “denaro” quale oggetto della dazione o promessa, che

²⁴⁸ Sulla clausola di riserva cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari I*, 348; BELLACOSA M., *op. cit.*, 57 ss; BRICCHETTI R., *op. cit.*, 516 ss; MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2701; PELLICANO R., *op. cit.*, 235 ss; SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 68 ss.

²⁴⁹ Profili problematici sui rapporti tra art. 318 C.p. e 2635 C.c. si presentano nel contesto della privatizzazione di società un tempo appannaggio dello Stato o di enti pubblici che oggi sono partecipate in tutto o in parte da privati, rispetto alle quali il confine tra qualificazione pubblica o privata dell’attività svolta dai dipendenti è assai labile.

²⁵⁰ Sul punto si rinvia a BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 448 ss.

tuttavia rientrava pacificamente già nell'“utilità” prevista dalla disposizione precedente.²⁵¹

Più significativo è l'inciso “per sé o per altri” riferito ai destinatari della dazione o della promessa del denaro o dell'utilità, che ha permesso di dissipare i dubbi interpretativi postisi in passato sull'opportunità di sanzionare anche gli accordi il cui corrispettivo non fosse a destinazione esclusiva del corrotto. Non è mancato tra l'altro chi ha ritenuto la modifica rilevante ai fini della considerazione penale dell'intermediazione di terzi nell'accordo illecito.²⁵² Tuttavia una siffatta opinione viene rigettata da chi ritiene che l'utilità, pur essendo a vantaggio di altri, viene in ogni caso accettata da chi compie l'atto in violazione dei doveri d'ufficio e non da chi realizza attività di intermediazione.²⁵³

Ultimo elemento di novità è costituito dal già accennato aumento del minimo edittale ad un anno per i soggetti propri di cui al primo comma, mentre il massimo è rimasto fermo ai tre anni già previsti per la fattispecie precedente.²⁵⁴

Viene invece previsto un trattamento sanzionatorio più mite per i sottoposti di cui al comma secondo.

La differenza di pene tra le due categorie di soggetti è andata incontro a diverse obiezioni in dottrina. *In primis*, i due commi non evocano categorie talmente differenti tali da giustificare un così diverso trattamento sanzionatorio²⁵⁵; in secondo luogo, l'evento della fattispecie, sia nella forma del documento alla società che in

²⁵¹ Il riferimento al “denaro” assumerebbe una valenza superflua e per lo più simbolica, permetterebbe di rendere omogeneo il linguaggio normativo rispetto a quello utilizzato per la corruzione pubblica dal Codice penale. Sul punto si rinvia a BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 441; MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2701.

²⁵² MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2701.

²⁵³ BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 441.

²⁵⁴ L'aggravamento del trattamento sanzionatorio, seppur limitato al minimo edittale, è da interpretarsi verosimilmente nel senso di una presa di coscienza del legislatore del differente disvalore della corruzione privata rispetto all'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 C.c., il cui minimo edittale è di 6 mesi; pur risolvendosi entrambe, prima del 2017, in un documento al patrimonio sociale, il fatto che questo sia derivato da una corruzione e non da una semplice infedeltà impone indubbiamente un più severo intervento punitivo.

²⁵⁵ Sul punto concordano BRICCHETTI R., *op. cit.*, 519; SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 63. Quest'ultimo sottolinea come la differenza qualitativa tra un amministratore, punito ai sensi del primo comma, ed il direttore finanziario, considerato soggetto sottoposto, non giustifichi un così netto e diverso trattamento sanzionatorio.

quella della distorsione della concorrenza, presenta un disvalore che prescinde dalla qualifica rivestita dal soggetto corrotto.²⁵⁶

Non viene invece modificata l'aggravante di cui al quarto comma, qualora il reato venga posto in essere nel contesto di società quotate in mercati regolamentati o con strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in maniera rilevante.

8.5. La corruzione tra privati e la responsabilità delle persone giuridiche.

Tra le ulteriori ed apprezzabili novità introdotte dalla riforma spicca sicuramente l'introduzione della responsabilità dell'ente per il reato di "corruzione tra privati"²⁵⁷, la cui omessa previsione in relazione alla precedente "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" aveva rappresentato l'ennesimo inadempimento dell'ordinamento nazionale rispetto ai vincoli sovranazionali, con particolare riferimento all'art. 18 della Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa e all'art. 5 della Decisione Quadro 2003/568/GAI.

Il *deficit* di tutela normativa viene così colmato dalla nuova lett. *s-bis*) dell'art. 25^{ter} del d.lgs. 231/2001, prevedendo la sola sanzione pecuniaria dalle duecento alle quattrocento quote. Il dettato richiama il terzo comma dell'art. 2635 C.c. elevandolo a presupposto per la responsabilità amministrativa della società commerciale a cui appartiene il corruttore, facendo venir meno la validità del brocardo "*societas delinquere non potest*" anche rispetto alla corruzione tra privati.

Come si può desumere dal richiamo alla sola ipotesi di corruzione attiva, l'unica società a rispondere del reato sarà però quella di cui fa parte il corruttore.

La *ratio* di questa limitazione di responsabilità, con il conseguente esonero della società del corrotto, risiede nell'incontestabile postulato che solo la società del corruttore possa avere un interesse nella, o trarre un vantaggio dalla consumazione del reato, mentre la società interessata dalla corruzione passiva, ai fini della concretizzazione del reato, non potrà che subire un nocimento dal *pactum sceleris*: viceversa, si finirebbe per riconoscere alla persona giuridica di cui fa parte il corrotto

²⁵⁶ Secondo BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, 444, la differenza di pene è giustificata con riferimento alla sola tutela della lealtà verso l'ente, poiché la violazione di un obbligo di fedeltà da parte del soggetto apicale presenterebbe un maggior disvalore rispetto alla medesima compiuta da un sottoposto.

²⁵⁷ Sull'argomento si rinvia *amplius* a BELLACOSA M., *op. cit.*, 59; FAIELLA S., *op. cit.*, 270; MELCHIONDA A., *op. cit.*, 2701; ROSSI A., *Corruzione tra privati* 309; SCOLETTA M., *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione*, in MATTARELLA G., PELISSERO M., (a cura di), *op. cit.*, 475; SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 69.

“infedele” la contemporanea (e paradossale) posizione processuale di danneggiato e imputato.

Come si vedrà *infra*, se la scelta del legislatore del 2012 era sicuramente condivisibile alla luce del mantenimento della richiesta del “nocumento” per la società del corrotto, a seguito della soppressione di tale requisito da parte della riforma del 2017 la medesima previsione della lettera *s-bis* dell’art. 25ter risulta invece inaccettabile.

La persona giuridica dovrà dunque rispondere qualora la dazione o la promessa del denaro o altra utilità ai soggetti di cui ai commi primo e secondo dell’art. 2635 C.c. provenga da chi svolge, anche in via di fatto, funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione presso essa o una sua unità organizzativa autonoma (*ex art. 5 c.1*), ovvero da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei soggetti apicali (*ex art. 5 c.2*).

In entrambi i casi bisognerà comunque accertare se l’accordo illecito sia stato stipulato nell’interesse della società del corruttore (il quale dovrà comunque rappresentarsi il conseguente danno per la società della controparte corrotta ovvero la distorsione della concorrenza) o in ogni caso se dalla consumazione del reato, e quindi dal nocumento occorso alla società del corrotto ovvero dalla distorsione della concorrenza, l’ente abbia tratto un vantaggio.²⁵⁸

In merito ai soggetti di cui al primo comma dell’art. 5, svolgono funzioni di rappresentanza i legali rappresentanti della persona giuridica, ossia coloro che sono legittimati a emettere o ricevere dichiarazioni negoziali in nome e nell’interesse dell’ente.²⁵⁹

²⁵⁸ Rispetto ad una corruzione commessa nell’interesse della società del corruttore con rappresentazione di un danno per quella del corrotto si pensi al caso dell’amministratore di una società A che, ai fini di detrarre un IVA sugli acquisti fittizia faccia emettere, dietro compenso, una fattura falsa dal direttore dell’ufficio acquisti della società B, ben conscio del fatto che quest’ultima società sarà assoggettata ad un debito fiscale per un IVA mai ricevuta, subendo così un danno patrimoniale nella forma di un debito d’imposta indebito. In riferimento al secondo caso, potrà configurarsi la responsabilità della società che abbia tratto vantaggio dalla corruzione nella banale situazione in cui un amministratore di una società partecipante ad un asta corrompa un amministratore di una società concorrente affinché questi ritiri la sua società dalla medesima gara, aumentando così le probabilità di aggiudicarsi il bene o l’opera oggetto dell’offerta, determinando al contempo una palese distorsione della concorrenza.

²⁵⁹ Sul punto e su quanto segue v. ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 309 ss, la quale ritiene tuttavia che la sola rappresentanza rilevante ai sensi del primo comma sia quella “organica”, e quindi riguardante i membri del Consiglio di amministrazione, e non invece quella “volontaria”, fondata su una procura negoziale, essendo il procuratore sottoposto alla sfera di vigilanza e di controllo dei soggetti apicali.

Svolge invece funzioni di amministrazione chi esercita il potere di iniziativa, esecutivo e gestionale sull'attività commerciale, e dunque gli amministratori nel sistema tradizionale e monistico e i membri del consiglio di gestione nel sistema di *governance* duale.

Infine, le funzioni di direzione sono da riconoscere principalmente in capo ai direttori generali e agli altri soggetti posti al vertice delle unità organizzative, o *branches*, dotate di autonomia finanziaria e funzionale, terreni potenzialmente fertili per il proliferare di corruzioni e infedeltà da parte dei direttori delle stesse, forti del loro *status* di autonomia rispetto all'amministrazione centrale, la quale ben potrebbe risiedere anche in un paese estero.

L'art. 5 estende infine la responsabilità della società anche in riferimento ai reati commessi da parte dei soggetti che esercitano in via di fatto la gestione o il controllo della società, mutuando, secondo l'opinione prevalente, i termini dall'art. 2639 C.c., e richiedendo quindi un esercizio continuativo e significativo delle funzioni.

La dottrina più autorevole esclude inoltre che il "controllo" cui fa riferimento l'articolo 5 c. 1 del decreto possa coinvolgere i sindaci, non potendosi equiparare tale concetto di "controllo" con quello delineato dagli articoli 2403 e seguenti del Codice civile²⁶⁰, con la conseguente esclusione della responsabilità dell'ente nel caso in cui l'offerta corruttiva sia stata presentata da uno dei membri del collegio sindacale. L'esclusione dei sindaci dai soggetti in grado di impegnare la responsabilità dell'ente sarebbe del resto avallata dall'art. 3 del d.lgs. 61/2002, che, in sede di modifica del d.lgs. 231/2001, fa riferimenti ai reati societari commessi nell'interesse della società dai soli amministratori, direttori generali e liquidatori, o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica.

Avendo riguardo alla seconda tipologia di soggetti in grado di impegnare la responsabilità dell'ente, l'articolo 5 c.2 del decreto sembra fare riferimento ai soli lavoratori subordinati e parasubordinati sottoposti alla vigilanza e alla direzione degli apicali, e non anche ai collaboratori esterni quali avvocati, agenti e *franchisees*, rispetto ai quali, come già accennato *supra*, non sembra individuabile neppure la

²⁶⁰ V. *Ibidem*, 31.

responsabilità per corruzione tra privati in quanto non considerabili soggetti sottoposti *ex art. 2635 c. 2 C.c.*²⁶¹

8.5.1. I modelli di *compliance* aziendali di contrasto alla corruzione.

L'inserimento della corruzione privata attiva tra i reati ascrivibili alla persona giuridica hanno sicuramente aperto un nuovo fronte di rischio penale per gli enti collettivi nello svolgimento dell'attività di impresa, determinando di conseguenza la necessità di un adeguamento dei modelli organizzativi e di *compliance* nell'ottica di prevenzione delle attività corruttive riconducibili all'art. 2635 C.c., il cui rischio di commissione si allarga ad un contesto di situazioni e soggetti attivi operanti perfino più ampio di quello connesso alla corruzione pubblica attiva (circostrita ai soli rapporti con la Pubblica amministrazione), vista la molteplicità delle relazioni di affari che la persona giuridica può instaurare con altre figure private potenzialmente corruttibili.²⁶²

La tendenza all'adozione di codici etici aziendali non rappresenta del resto una novità nella prassi imprenditoriale dei paesi più avanzati: sviluppatasi negli Stati Uniti in seguito agli scandali corruttivi degli anni Settanta, i *compliance programs* hanno trovato fortuna anche in Germania (*Verhaltenskodex*) e Gran Bretagna (*Ethics Policy*) attraverso la previsione di principi e raccomandazioni di comportamento a tutela dei clienti e dei consumatori e di apparati sanzionatori verso il personale inadempiente.²⁶³

La decisione sull'implementazione dei modelli di organizzazione e gestione non potrà in ogni caso prescindere da una preventiva individuazione tanto delle attività aziendali sensibili, o "aree di rischio" (tra cui in particolare l'acquisizione di una

²⁶¹ Così ad es. SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 63. Diversamente ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 311, la quale, pur escludendo i collaboratori esterni dal novero di soggetti in grado di far sorgere la responsabilità dell'ente, considera gli stessi come "sottoposti" ai fini della sola corruzione tra privati.

²⁶² BELLACOSA M., *op. cit.*, 60 ss; SCOLETTA M., *op. cit.*, 476 ss. Secondo quest'ultimo l'*humus* della corruzione privata è costituito proprio dalle relazioni con *partner* commerciali ed industriali, rispetto alle quali l'interesse dell'ente è fisiologicamente rivolto alla massimizzazione dei profitti e all'ottenimento delle condizioni contrattuali più vantaggiose: il rischio è dunque quello che tali obiettivi di impresa siano perseguiti attraverso comportamenti corruttivi.

²⁶³ Per una più approfondita trattazione dell'esperienza storica dei codici di condotta aziendali si consenta un rinvio a BASTIA P. *L'autoregolamentazione delle aziende per il fronteggiamento della corruzione tra privati*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati*, 213 ss.

nuova clientela e di nuove forniture²⁶⁴, la partecipazione a gare private, l'espletamento di operazioni straordinarie quali fusioni e acquisizioni ovvero la stipulazione di contratti commerciali), quanto delle figure operanti in seno all'ente che possano ipoteticamente essere più propense a formulare ed accogliere proposte corruttive; nello stesso d.lgs. 231 sono rintracciabili disposizioni, rilevanti ai fini del giudizio di idoneità del modello²⁶⁵, che prevedono l'estensione dell'organizzazione preventiva attraverso la mappatura dei rischi²⁶⁶, la previsione di specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente, la definizione di obblighi di informazione nei confronti degli organismi di vigilanza e la predisposizione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare le violazioni.

Come evidenziato in dottrina²⁶⁷, le regole cautelari ed organizzative funzionali alla minimizzazione dei rischi possono essere mutate da quelle sviluppate in materia di prevenzione della corruzione pubblica, quali la previsione di un sistema di

²⁶⁴ Si pensi ad esempio al responsabile acquisti di una società A che, a seguito di una corruzione, riceva dal responsabile commerciale di una società B una fornitura ad un corrispettivo inferiore ai valori di mercato ovvero stipuli un accordo mediante il quale il fornitore si impegna a cedere beni di minor qualità ai concorrenti di A.

²⁶⁵ Pur con la consapevolezza che l'argomento in esame meriti una trattazione ben più approfondita, in questa sede va ricordata l'importanza dei modelli di organizzazione di gestione previsti dagli articoli 6 e 7 del decreto 231 anche e soprattutto ai fini dell'onere della prova a carico dell'ente che intenda esonerarsi dalla responsabilità derivante da reato, dovendo rammentare che tale onere probatorio presenta connotati molto più gravosi nei casi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto apicale. Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001, infatti, l'ente risponderà per i reati commessi dagli apicali ogniqualvolta non riesca a dimostrare di aver adottato ed efficacemente vigilato sulla corretta attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati.

Viceversa, nei casi di reati commessi dai sottoposti, ai sensi dell'art. 7 l'ente sarà esonerato dalla prova dell'adozione del modello organizzativo, bastando infatti dimostrare che il reato non è stato agevolato dall'inosservanza degli obblighi di controllo e vigilanza sui sottoposti; in questo secondo caso, l'adozione e l'attuazione di un modello di organizzazione e gestione potrà costituire un punto a favore dell'ente, in quanto in presenza di tale modello l'inosservanza degli obblighi di controllo sarà esclusa *ex lege*.

²⁶⁶ Secondo le Linee Guida di Confindustria aggiornate al 2014 le principali attività di rischio rientranti nel c.d. "Processo sensibile" sono costituite dalla

- qualifica e selezione dei fornitori e *business partners*;
- gestione delle transazioni finanziarie coi *business partners*;
- rapporti contrattuali ed investimenti;
- gestione dei pagamenti e degli incassi;
- gestione della rete di vendita.

²⁶⁷ Sul punto si rinvia a BELLACOSA M., *op. cit.*, 61; DE ANGELIS P.; JANNONE A., *Decreto legge Anticorruzione. La corruzione tra privati e la tentazione del "panpenalismo". Cosa cambia nel modello*, in *Resp. Amm. Soc. Enti.*, 4/2012, 76 ss. Gli autori individuano due principali modalità corruttive che investono diverse aree di rischio. Il primo gruppo riguarda tutti i processi che possono consentire la materializzazione del beneficio derivante dall'accordo corruttivo (come ad es. un sovrapprezzo a favore della società del corruttore) e della formazione della provvista di denaro necessaria all'esecuzione dell'accordo. Il secondo gruppo di ipotesi comportamentali dalle quali desumere le aree di rischio attiene invece alle "altre utilità", quale potenziale contropartita dell'accordo corruttivo (quali ad es. sponsorizzazioni e promozioni pubblicitarie).

trasparenza della gestione economico-finanziaria, la tracciabilità dei processi decisionali, la definizione dei soggetti responsabili per ciascuna procedura (c.d. *segregation of duties*), la determinazione di regole trasparenti per la fissazione di termini e condizioni di pagamento, il delineamento di doveri informativi nei confronti dell'organismo di vigilanza in caso di transazioni sospette, la redazione di codici etici e disciplinari, la predisposizione di corsi di formazione *ad hoc* per i dipendenti e la creazione di misure volte ad agevolare i c.d. *whistleblowers* nel denunciare le violazioni di cui vengano a conoscenza.²⁶⁸

Ai fini della costruzione di efficaci sistemi di gestione e di prevenzione della corruzione è stato inoltre recentemente pubblicato, nell'ottobre 2016, il definitivo *Standard ISO 37001 "Anti-Bribery Management Systems"*, ossia il primo parametro internazionale che prevede una serie di misure volte ad aiutare le organizzazioni a prevenire, individuare e affrontare la corruzione interna.

Ai sensi del parametro *ISO* alle società vengono chiesti alcuni adempimenti tra i quali possono ricordarsi principalmente la mappatura e valutazione dei rischi di corruzione, la predisposizione di corsi di formazione per i dipendenti, la redazione di specifiche *due diligences* su progetti e *partners* commerciali e finanziari e l'istituzione di procedure di segnalazione e di misure disciplinari.

L'adozione ed attuazione di un corretto *anti-bribery management system* costituisce inoltre parte integrante dei Modelli organizzativi e di gestione anticorruzione di cui al d.lgs 231/2001, la cui conformità ai parametri *ISO 37001* potrà essere attestata con un'apposita certificazione rilasciata da agenzie di *rating* autorizzate.²⁶⁹

Volgendo lo sguardo alla situazione attuale italiana, ai fini di una completa e coerente trattazione dell'argomento può essere d'aiuto l'indagine condotta nel dicembre 2016 da TIM e Confindustria nel mondo delle piccole e medie imprese per

²⁶⁸ L'utilità del *whistleblowing* per fronteggiare la criminalità dei colletti bianchi è stata evidenziata da alcuni autori in seguito alla scoperta di frodi imprenditoriali statunitensi; le "soffiate" dei dipendenti rappresenterebbero così strumento molto più efficace dei controlli istituzionali al fine di prevenire i reati economici. Sul tema è intervenuta ROSSI A., *Il corporate crime*, 1230, la quale ha tuttavia sottolineato che, sul fronte delle corruzioni il *whistleblowing* non consente di raggiungere risultati soddisfacenti; spesso infatti le motivazioni dei *whistleblowers* non sono espressione di spinte etiche ma nascondono desideri di vendetta verso i "capi" e di conseguenza possono non essere fondate su dati così certi.

²⁶⁹ *Amplius* sul tema cfr. LASCO G., LORIA V., MORGANTE M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 8 Giugno 2001 n. 231*, Giappichelli, Torino, 2017, 302 ss.

verificare il livello di diffusione dei modelli organizzativi 231 e l'approccio rispetto al rischio aziendale di fenomeni corruttivi, pubblici e privati.²⁷⁰

Delle 45 imprese che hanno fornito risposte ai questionari, circa l'87% ha dichiarato di conoscere la disciplina sulla responsabilità degli enti, ma solo il 16% di queste (principalmente rappresentato da imprese di grandi dimensioni) ha adottato i modelli organizzativi. Tre quarti delle piccole e medie imprese prive del modello tuttavia hanno manifestato la volontà di adottarlo in un futuro prossimo e riconoscono la sua utilità nell'ambito della prevenzione dei reati di corruzione.²⁷¹

Tra gli strumenti di neutralizzazione dei rischi maggiormente adottati dalle imprese dotate dei modelli organizzativi vanno segnalati i codici etici (circa l'88% delle imprese coinvolte ne ha uno), con l'indicazione dei principi e delle regole comportamentali rilevanti ai fini della prevenzione della corruzione, ed i programmi volti ad incentivare, e tutelare, i c.d. *whistleblowers* a denunciare le violazioni di cui vengano a conoscenza.

Circa l'80% delle imprese intervistate ha implementato il proprio modello organizzativo con un sistema disciplinare volto a sanzionare il mancato rispetto delle misure anti-corruzione; tuttavia, solo il 46% di esse prende in considerazione tutte le categorie di soggetti che operano per conto dell'ente.

Va inoltre segnalata la tendenza all'attivazione di corsi di formazione dei dipendenti in materia di anticorruzione e di decreto 231 (circa il 40% delle imprese intervistate ha predisposto tali corsi).

Il questionario indaga inoltre i comportamenti dell'impresa di fronte alla richiesta di corrispondere un'utilità indebita: circa il 65% delle imprese intervistate rifiuterebbe la richiesta, mentre solo il 27% provvederebbe a denunciare il caso alle autorità. Infine, dall'indagine emerge che più del 50% degli intervistati denuncierebbe propri organi scoperti a commettere una corruzione a vantaggio dell'ente, accettando il

²⁷⁰ L'indagine è stata curata da Confindustria Affari Legislativi, TIM S.p.A. Direzione *Compliance – Compliance 231* e *Chief Pricing Office – Quality*. Lo studio si inserisce nell'ambito delle attività sviluppate dal Gruppo di lavoro *Anti-Corruption Task Force* del B20, con l'obiettivo di individuare strumenti di prevenzione nel mondo degli affari con riferimento ai fenomeni corruttivi nei paesi appartenenti al G20. Tra le iniziative, nel novembre 2015 è stata presentata la versione internazionale del *Toolkit* Anticorruzione indirizzato alle PMI, che propone indicazioni e strumenti per realizzare un *compliance program* anticorruzione. Gli esiti della ricerca sono disponibili al sito: www.penalecontemporaneo.it/upload/Indagine231.pdf.

²⁷¹ Alla luce dei dati raccolti, più dell'65% delle imprese percepisce un rischio di corruzione elevato, in linea con le risultanze delle statistiche fornite da *Transparency international*, che nel 2017 ponevano il nostro paese al 54° posto nel mondo per livello di corruzione percepita.

rischio dell'instaurazione di un processo anche nei confronti della propria società,²⁷² mentre solo un quinto sanzionerebbe i corrotti in via disciplinare mediante vie interne e stragiudiziali.

Quest'ultima rilevazione sembra contraddire la convinzione dottrinale secondo la quale la propensione alla querela nel contesto degli enti collettivi è particolarmente bassa a causa dei rischi reputazionali conseguenti allo smascheramento di dinamiche corruttive endosocietarie.²⁷³

Preso dunque atto della sempre maggiore consapevolezza del mondo imprenditoriale rispetto all'importanza dei modelli di organizzazione e di contrasto alla corruzione, non può d'altro canto negarsi che l'utilizzo delle norme di *compliance* e *corporate liability* sperimentate nel settore della corruzione pubblica dovrà tuttavia essere temperato dal peculiare ambito nel quale può manifestarsi una corruzione nel settore privato: bisognerà così tenere conto della prassi di sponsorizzazioni, promozioni commerciali e pubblicitarie che rientrano in una lecita ancorché, talvolta, eticamente discutibile politica di *marketing* e di generale "*captatio benevolentiae*" aziendale presso clienti e fornitori. La previsione di condizioni contrattuali anomale rispetto a quelle di mercato, nel settore delle negoziazioni tra privati operatori economici, può infatti rientrare in una strategia commerciale basata su valutazioni di convenienza reciproca. Non bisogna infatti dimenticare che la flessibilità dei rapporti negoziali tra enti privati è espressione della libertà economica tutelata dall'articolo 41 della Costituzione e dunque più ampia di quella che caratterizza i rapporti tra enti privati e Pubblica amministrazione, vincolati ai principi di imparzialità e di buon andamento ai sensi dell'articolo 97 della Carta costituzionale.

Per altro verso, la copertura costituzionale fornita dall'articolo 41 dovrà necessariamente venir meno, aprendo la strada alla responsabilizzazione dell'ente, nei casi di abuso di tale libertà economica, qualora questa venga manipolata nell'ottica di cagionare danni a società concorrenti, ai consumatori o ai lavoratori attraverso accordi illeciti tra operatori di mercato. In questo senso è auspicabile una maggiore considerazione legislativa della concorrenza e del mercato quali interessi

²⁷² Ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. 231/2001, il processo a carico dell'ente per reati-presupposto perseguibili a querela non può essere instaurato senza la proposizione della querela stessa.

²⁷³ SEMINARA S., *Il reato di corruzione*, 66. L'autore considera prevalente la preferenza delle imprese a risolvere i rapporti coi dipendenti corrotti attraverso accordi stragiudiziali.

meritevoli di tutela penale ai sensi dell'articolo 2635 C.c., nella prospettiva di stimolare prassi commerciali virtuose da parte delle imprese e di tracciare un confine più preciso tra libero esercizio di un'attività economica ed illecito abuso della stessa.

8.5.2. La corruzione privata nei gruppi di società.

Malgrado la “rivoluzione copernicana” segnata dall'entrata in vigore del d.lgs. 231 del 2001, che ha proiettato l'ente in una posizione di primo piano sullo scenario del diritto penale dell'economia, il tema della responsabilità per corruzione privata dell'ente nell'alveo dei gruppi societari può considerarsi ancora ricca di spunti e foriera di problematiche, sulle quali è interessante soffermarsi brevemente.

Autorevole dottrina ha del resto evidenziato quanto i gruppi di società rappresentino un terreno fertile per il proliferare di crimini economici.²⁷⁴ Elementi quali la segretezza sulle strategie del gruppo, la lealtà tra i membri dell'organizzazione di società e la giustificazione dell'interesse di gruppo consentono infatti di incentivare le illegalità e, allo stesso tempo, di renderne più difficoltosa l'emersione.

La corruzione privata rientra a pieno titolo tra le prassi illecite infra-gruppo.

Benché infatti operazioni quali l'acquisizione della maggioranza delle partecipazioni (piuttosto che l'assunzione di un'influenza dominante *de facto*)²⁷⁵ in altre società e la conseguente costituzione di gruppi rappresenti un fenomeno fisiologico che l'ordinamento tendenzialmente favorisce per rispondere ad esigenze di razionalizzazione e maggior efficienza del sistema produttivo, non va ignorato che queste manovre possono fungere da “schermo” ai fini di agevolare la costituzione di “fondi neri” mediante prassi corruttive interne al gruppo (e dunque più facilmente

²⁷⁴ Si veda ROSSI A., *Il corporate crime*, 1234.

²⁷⁵ Nonostante nell'ordinamento commerciale vi siano più definizioni di “controllo”, tutte ruotano intorno al concetto di “influenza dominante” (che sia di diritto, di fatto o in forza di contratti) fissato dall'art. 2359 C.c.: “*Società controllate e società collegate. Sono considerate società controllate:*

1) *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*

2) *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*

3) *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.”

dissimulabili) dannose tanto per i soci delle controllate quanto per i creditori del gruppo stesso finanche per la stessa economia nazionale e globale.²⁷⁶

Le ipotesi di corruzione infra-gruppo sono molte e tutt'altro che scolastiche: nel caso più classico, l'indebita dazione di denaro o, come più spesso accade, di altre utilità ad un amministratore di una società "figlia" da parte della *holding* può essere corrisposta in cambio del compimento di operazioni apparentemente finalizzate all'interesse del gruppo, ma che in realtà vanno a vantaggio esclusivo della capogruppo e a danno della controllata, come, ad esempio, le transazioni effettuate nell'ambito di un'attività di *transfer pricing*.²⁷⁷

Come accennato sopra, il regime dei gruppi di società può essere inoltre adoperato al fine di costituire a bilancio dei "fondi neri" non corrispondenti ai valori reali delle operazioni contabilizzate da utilizzare per il compimento di future corruzioni.²⁷⁸

La capacità criminogena del gruppo si amplifica, poi, avendo riguardo alle operazioni corruttive realizzate con soggetti appartenenti a controllate residenti in paesi extracomunitari, dato l'aumento delle difficoltà nel distinguere i corrispettivi da corruzioni dai flussi finanziari infragruppo connessi ad operazioni lecite.

Ai fini di un'efficace prevenzione dei fenomeni corruttivi infra-gruppo, i modelli organizzativi dovranno prevedere controlli in relazione ai rischi connessi tanto agli

²⁷⁶ Sul tema si rinvia a SCARONA E., *Corruzione e responsabilità del gruppo di imprese* in DELVECCHIO A., SEVERINO P., *op. cit.*, 71 ss e autori citati. L'attitudine "corruttiva" del gruppo rappresenterebbe, secondo alcuni autori, un fenomeno sistemico, espressione di un "vero e proprio modello culturale e sociale", ed una prassi stabile e strutturata, rete istituzionalizzata di relazioni e scambi illeciti, coinvolgente un po' tutti i gruppi societari.

Il gruppo di società è considerato dalla dottrina penalistica come un potente moltiplicatore di opportunità criminogene, in quanto consente un'ampia varietà di strumenti e schemi operativi.

²⁷⁷ Si pensi al direttore vendite di una società italiana che in cambio di denaro o altre utilità trasferisca beni alla capogruppo estera a prezzi più vantaggiosi, andando a comprimere gli utili della società di appartenenza: emergerà una situazione di *transfer pricing* nei casi di transazioni fiscalmente elusive tramite le quali una società controllata italiana cede alla *holding* estera dei beni o servizi ad un valore più basso rispetto a quello "normale" ex art. 9 T.u.i.r. (dovendosi intendere per "normale" il corrispettivo mediamente praticato per beni e servizi della medesima specie in condizioni di libera concorrenza) al fine di trasferire utili da società italiane a società del gruppo residenti in paesi a fiscalità più vantaggiosa, andando al contempo ad eludere il regime impositivo dell'operazione effettuata e a distorcere, indirettamente, la concorrenza.

Potrà integrare una fattispecie di corruzione privata l'operazione di *transfer pricing* compiuta dietro una dazione a favore del responsabile vendite, qualora a seguito dell'operazione la società di appartenenza subisca un danno patrimoniale (presumibilmente nella forma di un lucro cessante).

Sul tema del *transfer pricing* si rinvia a TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*. 153.

²⁷⁸ Si pensi al caso di una sovrapprezzatura relativa ad una transazione compiuta a condizioni svantaggiose per la controllata, anche a seguito della corruzione di un amministratore di quest'ultima, per consentire alla controllante di dirottare verso finalità illecite la differenza tra effettivo valore di mercato del bene o del servizio e maggior prezzo pagato.

atti che potrebbero integrare una dazione illecita agli amministratori delle società appartenenti al gruppo quanto ai contratti infra-gruppo, i quali, se risultassero squilibrati a vantaggio di una società ed a svantaggio di un'altra potrebbero integrare l'oggetto del mercimonio corruttivo: le cautele organizzative dovranno così imporre la previsione di procedure di controlli sulla congruità dei corrispettivi nelle transazioni tra società del gruppo e sistemi di esplicazione delle ragioni connesse all'interesse di gruppo che giustificano eventuali condizioni contrattuali asimmetriche ed anomale rispetto agli standard di mercato.²⁷⁹

Nel silenzio del d.lgs. 231 del 2001, che non ha previsto espressamente l'estensione della responsabilità dell'ente alle altre società del gruppo, la Suprema Corte di legittimità è intervenuta con una pronuncia innovativa²⁸⁰ diretta a regolare il rapporto tra la responsabilità della controllante e il c.d. "interesse di gruppo". *Rectius*, la Cassazione non ha riconosciuto il coinvolgimento automatico della capogruppo nella responsabilità delle singole società figlie, richiedendo la sussistenza di tre condizioni, ossia, in primo luogo, che il reato sia stato realizzato da un soggetto apicale o sottoposto della società controllata, che il soggetto agente per conto della *holding* abbia concorso nella realizzazione del reato ed infine che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della capogruppo stessa, la quale deve aver conseguito una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto.

Nella prospettiva di rafforzare la tutela per i soci della controllata ed i creditori del gruppo contro pratiche corruttive interne allo stesso, anche l'ordinamento commerciale sostanziale, a seguito del d.lgs. 6/2003 ha visto l'introduzione di strumenti appositi destinati a fungere da limiti all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo.

Tra questi, può essere brevemente richiamato l'obbligo di motivazione *ex art. 2497ter C.c.*, ai sensi del quale le decisioni prese sotto l'influenza della capogruppo devono essere analiticamente motivate e recare l'indicazione degli interessi di gruppo la cui valutazione ha inciso sulla decisione medesima e la responsabilità della capogruppo che abbia violato i principi di corretta gestione imprenditoriale recando

²⁷⁹ Sul punto v. SCOLETTA M., *op. cit.*, 491.

²⁸⁰ Cfr. Cass. Pen. Sez. V, 20 Giugno 2011, n. 24583.

un pregiudizio alle controllate; a questa responsabilità corrisponde un diritto all'indennizzo degli azionisti e dei creditori delle controllate danneggiate.²⁸¹

²⁸¹ Art. 2497 C.c. *Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.*

CAPITOLO III

IL D.LGS. 38/2017. LA NUOVA CORRUZIONE TRA PRIVATI

- 1. Considerazioni generali: le novità introdotte dal d.lgs. 38/2017. - 2. L'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie. - 3. I soggetti attivi: la realizzazione del fatto per interposta persona. - 3.1. I soggetti attivi: l'allargamento del novero dei corruttibili. - 4. La nuova struttura della condotta. - 5. La soppressione del documento: come cambia il regime del bene tutelato e della procedibilità a querela. - 5.1. La distorsione della concorrenza dopo il d.lgs. 38/2017. - 6. Elemento soggettivo e consumazione. - 7. L'apparato sanzionatorio e la pena accessoria *ex art. 2635ter* C.c. - 7.1. L'attenuante di cui all'art. 2640 C.c. - 7.2. La confisca. Cenni. - 8. L'istigazione alla corruzione tra privati. - 9. La responsabilità dell'ente: le modifiche al d.lgs. 231/2001.

1. Considerazioni generali: le novità introdotte dal d.lgs. 38/2017.

Per introdurre il tema della recente riforma del Titolo XI del Codice civile, che invero ha interessato esclusivamente la rubrica dello stesso e la materia della corruzione tra privati, non si può prescindere da un rinvio alle sollecitazioni delle istituzioni sovranazionali nei confronti del nostro Paese, a seguito dell'insoddisfacente intervento legislativo sull'articolo 2635 C.c. da parte della legge 190/2012, ritenuta sotto più punti sostanzialmente elusiva delle raccomandazioni trasmesse al legislatore italiano da parte del GRECO e della Commissione²⁸², le cui relazioni sono state ampiamente trattate nelle pagine precedenti, alle quali sia consentito rinviare.

In particolare, proprio i persistenti inadempimenti dell'Italia nell'armonizzare la disciplina con le disposizioni della Decisione Quadro 2003/568/GAI hanno determinato l'avvio di una procedura d'infrazione preliminare (EU-Pilot n. 8175/15/HOME) da parte della Commissione europea nei confronti del nostro Paese, che soltanto a seguito di ciò, come spesso accade quando si tratta di adeguare la legislazione italiana agli impegni presi in sede europea, ha riconosciuto la non conformità della normativa interna rispetto alla Decisione e ha dato così inizio al processo riformatorio con la legge delega 170 del 12 Agosto 2016, interamente recepita nel decreto n. 38 del 15 Marzo del 2017 con l'introduzione della nuova fattispecie di corruzione privata e dell'inedito reato di istigazione alla corruzione tra privati all'articolo 2635*bis*.

²⁸² Giova qui ricordare che le principali censure rivolte alla riforma del 2012 da parte del GRECO nel corso del Terzo Ciclo di Valutazione sull'Italia del giugno 2014 e da parte della Commissione europea contenute nella relazione al Parlamento del febbraio 2014 avevano essenzialmente ad oggetto i limiti soggettivi del reato, la persistente clausola di procedibilità a querela, la richiesta del documento e la mancata previsione della commissione del reato anche per interposta persona.

Subito accolta con favore dal GRECO²⁸³, il quale ottimisticamente aveva interpretato la legge delega n. 170 nel senso di un completo adeguamento alla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa, la novella del 2017 segna indubbiamente un'importante passo avanti nel processo di attribuzione alla corruzione tra privati di uno statuto penale in linea con le indicazioni internazionali.

Rinviando *infra* l'esame della fattispecie di istigazione, il più recente testo dell'articolo 2635 C.c. presenta significative innovazioni su numerosi versanti, alle quali in questa sede giova accennare.²⁸⁴

In primo luogo, l'ambito di applicazione viene infatti esteso anche agli "altri enti privati", coerentemente con la nuova rubrica del Titolo XI, che dunque si affiancano alle società commerciali come terreno di manifestazione della corruzione privata

Sul piano dei soggetti interessati, i precedenti limiti vengono colmati dall'estensione del trattamento sanzionatorio anche a chi svolge funzioni direttive diverse da quelle dei soggetti tipizzati.

Amplius, con riferimento al fatto tipico si notano l'attribuzione di rilevanza penale alla condotta dei vertici mediante interposta persona e soprattutto alle condotte speculari di offerta e sollecitazione, testimoniando una tendenza verso la trasformazione della fattispecie in reato a concorso eventuale sulla scia dell'esperienza tedesca ed austriaca.

²⁸³ V. GRECO RC – III (28 nov – 2 dic 2016). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 74° adunanza plenaria, par. 22 ss.

²⁸⁴ Si riporta il testo attuale dell'art. 2635 C.c. "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte."

Ai fini di un'effettiva applicazione della norma la novità più significativa è pacificamente rappresentata dalla soppressione dell'evento di nocimento alla società e dal passaggio dell'illecito a reato di pericolo. La focalizzazione del disvalore sul patto corruttivo denota inoltre l'abbandono della concezione patrimonialistica dell'interesse protetto a favore di modelli di tutela incentrati sulla fedeltà alla società e sulla concorrenza.

Infine, minori novità attengono al trattamento sanzionatorio delle persone fisiche e alla responsabilità degli enti *ex d.lgs. 231/2001*, il cui difetto di coordinamento con il nuovo art. 2635 C.c. neutralizza l'applicazione della fattispecie di corruzione privata passiva verso le persone giuridiche.

Le innovazioni apportati al tessuto normativo della fattispecie non permettono tuttavia di trascurare il persistere di pericoli di ineffettività ed indeterminatezza, derivanti principalmente dal mantenimento del regime di procedibilità a querela (solo in parte mitigato dalla procedibilità *ex officio* in caso di distorsione della concorrenza), per la cui disamina si rinvia alle pagine precedenti, e dalla genericità del concetto di "altri enti privati".

Può quindi introdursi un esame più approfondite degli elementi di novità apportati dalla riforma del 2017 premettendo che, anche per via della riforma in cantiere della normativa anticorruzione, il percorso di integrazione della disciplina penalistica della corruzione privata può considerarsi tutt'altro che compiuto.

2. L'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie.

Come anticipato, la portata innovativa della riforma del 2017 investe innanzitutto l'ambito criminogeno della corruzione tra privati, precedentemente limitato alle sole società commerciali.

Il nuovo dettato normativo estende infatti la responsabilità per la corruzione privata anche ai soggetti di vertice di enti privati diversi dalle società, coerentemente con l'adeguamento della rubrica del Titolo XI del Libro V del Codice civile, oggi mutata in "Disposizioni penali in materia di società, consorzi e altri enti privati".

Simile allargamento contestuale rappresenta indubbiamente un aggiornamento improcrastinabile sia in considerazione delle legislazioni degli altri paesi europei sia rispetto alle disposizioni di diritto comunitario ed internazionale, le quali come già visto richiamano a più riprese le "entità del settore privato" con o senza scopo di

lucro. Per altro verso, la scarsa dottrina sul tema concorda nel ritenere il concetto ambiguo e foriero di controversie interpretative.

Le nozioni di società commerciali e consorzi sono infatti sufficientemente chiare tanto sul piano normativo quanto su quello dottrinale e giurisprudenziale, mentre assai incerta appare l'espressione "altri enti privati", la cui indeterminatezza supera lo stesso rinvio dell'art. 1 del d.lgs. 231/2001, il quale richiama, oltre alle persone giuridiche, le sole "società e associazioni anche prive di personalità giuridica". Non fornisce aiuti interpretativi validi neppure la relazione del Governo allo schema del d.lgs. n. 38, la quale fa appunto riferimento a "qualsiasi soggetto giuridico collettivo di natura privata".²⁸⁵

Sembra dunque che sia destinato a ricadere nella disciplina dell'articolo 2635 C.c. tutto l'insieme eterogeneo di soggetti carenti di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale.²⁸⁶

Tra questi possono pacificamente considerarsi incluse le società semplici (in modo da risolvere la problematica in merito analizzata *supra*) e le fondazioni, sia quelle bancarie che quelle che gestiscono strutture ospedaliere private convenzionate con il SSN. L'inclusione di tali enti nella sfera applicativa della nuova fattispecie sarebbe del resto coerente con la collocazione del reato nel Titolo XI del Libro V del C.c. e con le finalità di tutela contemplate dal legislatore, trattandosi di organismi collettivi il cui buon andamento è funzionale alla tutela di interessi di natura economica tipicamente protetti dal diritto penale societario, quali il patrimonio dell'ente, la fedeltà dei suoi membri, i consumatori, i creditori e la libera concorrenza.

Simile discorso potrebbe del resto valere anche per le corruzioni in seno alla giustizia arbitrale, nel cui contesto si regolano, per antonomasia, interessi di natura economica; la stessa Cassazione con una pronuncia già richiamata sopra²⁸⁷, sulla scia di un orientamento consolidato ha interpretato infatti l'arbitrato quale strumento

²⁸⁵ La relazione del Governo al d.lgs. 38/2017 è consultabile al sito: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione_illustrativa_86.pdf.

²⁸⁶ V. SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 715 ss.

²⁸⁷ V. Cass. Pen. Sez. VI, 6 Febbraio 2013, n. 5901.

privatistico di rinuncia alla giurisdizione statale, escludendo quindi che la corruzione dell'arbitro potesse configurarsi nella sfera degli artt. 318 e 319 C.p.²⁸⁸

Generano invece maggiori perplessità le prese di posizione di quegli autori²⁸⁹ che hanno incluso nell'estensione operata dalla riforma gli enti no-profit e quelli del cosiddetto "terzo settore", introdotti nell'ordinamento dal d.lgs. 117 del 2017.²⁹⁰

Può infatti sostenersi la tesi secondo cui, rispetto a queste entità, per definizione prive di scopo di lucro e quindi estranee ai soggetti tradizionalmente interessati dalla disciplina del Titolo XI, sarebbe stata più opportuna l'introduzione di una specifica fattispecie collocata nel codice penale diretta a sanzionare i fatti di corruzione riferiti ad esse: simile scelta avrebbe probabilmente raggiunto il duplice obiettivo di disinnescare i rischi di indeterminatezza della fattispecie *ex art. 2365 C.c.* e, allo stesso tempo, di garantire una maggiore protezione ad interessi assolutamente meritevoli di tutela quali quelli perseguiti dagli enti no-profit.

In aggiunta a quest'ultima considerazione, le criticità riguardanti l'inclusione degli enti del terzo settore nella disciplina penalistica della corruzione tra privati si acquiscono sul piano della procedibilità a querela: essendo difficile ipotizzare soggetti autorizzati a depositare querela diversi dai vertici dell'organizzazione, qualora il destinatario della corruzione coincida con questi ultimi non potrà che emergere un vuoto di tutela penale, con la conseguente l'impunità del responsabile.

Un simile discorso vale per soggetti giuridici quali sindacati e partiti, secondo parte della dottrina investiti dall'estensione della riforma.²⁹¹ Pur ammettendo tutti i pericoli insiti nella corruzione dei membri di questi enti privati, considerando del resto la rilevanza degli interessi che essi rappresentano, ulteriori motivi di ragionevolezza impongono la loro esclusione dal raggio di applicazione della norma. Non va infatti

²⁸⁸ Maggiori scetticismi sul punto sono stati elaborati DI VIZIO F., *op. cit.*, il quale sottolinea come i rapporti tra arbitri e collegi arbitrali presentino peculiarità che non li rendono riferibili alle figure soggettive tipizzate dalla novella, siano esse membri di società o di altri enti.

²⁸⁹ Il riferimento è a DI VIZIO F., *op. cit.*; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 311.

²⁹⁰ Ai sensi dell'art. 4 del decreto citato, sono enti del terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

²⁹¹ V. in particolare DI VIZIO F., *op. cit.*

dimenticato che questi organismi sono espressamente esonerati dalla responsabilità amministrativa da reato ai sensi dell'art. 1 c. 3 del d.lgs. 231/2001, in quanto enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale: se pertanto si considera che la corruzione tra privati ad oggi costituisce un reato presupposto per la responsabilità degli enti, ampliare l'ambito di disciplina dell'articolo 2635 C.c. nei confronti di organizzazioni non soggette alla sfera di applicazione del decreto 231 sarebbe difficilmente ammissibile.

3. I soggetti attivi: la realizzazione del fatto per interposta persona.

Sul versante dei soggetti, il novero dei protagonisti della corruzione tra privati si estende essenzialmente in una duplice direzione.

In primis si introduce la possibilità che entrambe le parti agiscano “anche per interposta persona”, ossia tramite intermediari che, per conto degli *intranei* qualificati o dei corruttori esterni al contesto societario, realizzano l'incontro delle volontà delle parti ovvero forniscono un qualsivoglia contributo materiale alla conclusione del patto illecito (ad esempio consegnando il denaro ovvero fornendo consulenze in merito all'opportunità dell'accordo).

Benché alcuni autori abbiano dubitato del suo carattere innovativo²⁹², l'inciso deve considerarsi tecnicamente corretto sotto due chiavi di lettura.

Esso infatti dilata, innanzitutto, il concetto di autore del reato oltre l'esecuzione materiale della condotta tipica, rendendo più agevole accertare le responsabilità di coloro che pongono in essere corruzioni commerciali sfruttando l'influenza esercitata su tali intermediari, di cui si servono per un celere perfezionamento dell'accordo illecito che al contempo non li veda direttamente coinvolti.²⁹³

Per la configurabilità del reato, sarà tuttavia necessario accertare l'esistenza di un minimo contatto tra l'*intraneus* di cui al primo comma ed il corruttore (ed il conseguente concorso del soggetto proprio nell'accordo), dovendosi così escludere che la semplice consegna “*sine titulo*” di una somma di denaro ad un intermediario

²⁹² Si vedano in particolare LA ROSA E., *op. cit.*, 1; ZANNOTTI R., *op. cit.*, 311.

²⁹³ Si veda sul punto SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 718, il quale parla di “dominio del fatto”.

possa configurare, senza ulteriori elementi, un'offerta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 2635 C.c.²⁹⁴

Oltre a ciò, la nuova previsione della norma delinea in maniera sufficientemente chiara i contorni del concorso eventuale nel reato di tutti i soggetti privi delle qualifiche di cui al primo comma e non sottoposti alla direzione o alla vigilanza degli apicali, che tuttavia forniscano alle parti dell'accordo un contributo (diverso dall'istigazione di cui all'art. 2635bis C..) altrimenti difficilmente punibile, stante l'assenza di una disposizione analoga all'art. 346bis C.p. nella disciplina penale delle società.²⁹⁵

Può così ragionevolmente estendersi alla corruzione tra privati l'orientamento della Suprema Corte in tema di concorso degli *extranei* nella corruzione pubblica, configurabile "nell'ipotesi in cui si risolve in un'attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra gli autori necessari".²⁹⁶

3.1. I soggetti attivi: l'allargamento del novero dei corruttibili.

Il secondo intervento sui soggetti del reato del d.lgs. 38/2017 concerne un ampliamento degli *intranei* tipizzati al primo comma dell'art. 2635 C.c., nella costante ottica di adeguamento della fattispecie alle sollecitazioni internazionali.

Accanto alle figure qualificate già ampiamente esaminate *supra* vengono infatti inclusi tra i potenziali corruttibili anche coloro che nell'ambito organizzativo dell'ente esercitano funzioni direttive diverse da quelle proprie degli amministratori, sindaci, direttori generali, liquidatori e dirigenti preposti alla redazione delle scritture contabili.

Con la modifica in esame il legislatore, verosimilmente, ha inteso colmare un vuoto di determinatezza della cui esistenza tuttavia è lecito dubitare.

²⁹⁴ Anche se pronunciata in tema di corruzione pubblica, può considerarsi valida ai fini della corruzione tra privati Cass. Pen. Sez. VI, 2 Gennaio 2014, n. 1.

²⁹⁵ Ai fini della punibilità degli intermediari, dovrà comunque escludersi la responsabilità del consulente finanziario che, convinto di fornire assistenza in merito ad una lecita operazione commerciale, inconsapevolmente agevola l'incontro delle volontà delle parti di porre in essere una corruzione tra privati.

Allo stesso modo, non sarà punibile per concorso in corruzione tra privati il terzo *extraneus* alla società che, senza alcun reale collegamento con i titolari delle qualifiche di cui al comma 1 e 2 dell'art. 2635 C.c., solleciti o riceva la dazione di denaro promettendo di utilizzarlo per ottenere in futuro il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio da parte dei soggetti sopra citati.

²⁹⁶ V. Cass. Pen. Sez. VI, 22 Gennaio 2016 n. 3043.

A tal proposito, tanto il coordinamento con il già esaminato art. 2639 C.c. quanto la doverosa necessità di evitare la ridondanza di norme penali dovrebbero portare ad espungere dall'estensione soggettiva del nuovo articolo 2635 C.c. le figure apicali che esercitino in via di fatto i medesimi poteri dei soggetti qualificati o che ne svolgano le stesse funzioni nei modelli societari duale e monistico.

Rebus sic stantibus, non rimarrebbe che orientare l'allargamento della responsabilità per corruzione passiva verso le figure dirigenziali che svolgono attività lavorativa mediante l'esercizio di funzioni direttive diverse da quelle dei soggetti apicali "classici"²⁹⁷, le quali tuttavia nella quasi totalità dei casi non saranno altro che persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei vertici societari, e quindi già punite ai sensi del secondo comma della norma.

Ammettendo l'estrema difficoltà di ricondurre l'estensione soggettiva ai membri dell'Organismo di Vigilanza *ex d.lgs. 231/2001*, non potendo considerarsi questi ultimi soggetti titolari di funzioni direttive, non resta dunque che prendere atto dell'ennesima superfetazione legislativa diretta a riprendere pedissequamente quanto prescritto in sede internazionale piuttosto che a colmare reali vuoti di tutela.

Siffatti vuoti di tutela continuano al contrario ad essere percepiti relativamente alla corruzione dei collaboratori esterni e di coloro che prestano occasionalmente la loro opera all'ente senza quel vincolo di subordinazione dal quale discende il potere di direzione e vigilanza dei soggetti di vertice.

Il mancato recepimento integrale dell'art. 2 della Decisione Quadro 568, il quale richiama anche coloro che svolgono funzioni lavorative di qualsiasi tipo per l'ente, impedisce così di considerare risolta la *querelle* dottrinale²⁹⁸ intorno alla criminalizzazione della corruzione di agenti commerciali, *franchisees*, avvocati, consulenti finanziari e membri dell'eventuale organismo di vigilanza, legati da un rapporto di fedeltà verso la società che tuttavia non presenta i caratteri di eterodirezione apparentemente richiesti dal secondo comma dell'art. 2635 C.c.

²⁹⁷ Si pensi a soggetti non di vertice facenti parte della fascia manageriale, quali il direttore finanziario o il direttore delle risorse umane.

²⁹⁸ V. BELLACOSA M., *op. cit.*, 44 ss; ROSSI A., *Corruzione tra privati*, 308 ss; SEMINARA S. *Il gioco infinito*, 717.

4. La nuova struttura della condotta: la sollecitazione e l'offerta.

Alcune delle novità più significative attengono sicuramente alla tipizzazione del fatto incriminato. Accanto alla scomparsa del nocumento per la società, che come si vedrà in seguito determina il passaggio da una fattispecie ad evento ad un reato di pericolo e segna importanti ripercussioni sul piano dei beni tutelati, si registra l'introduzione dell'offerta e della sollecitazione quali veicoli della corruzione attiva e passiva funzionali al compimento o all'omissione di un atto in violazione dei doveri di ufficio e di fedeltà.

Invero, l'attribuzione di rilevanza penale, ai fini della consumazione del reato, di queste due condotte rappresenta un'incisiva novità rispetto alla struttura dell'elemento soggettivo della corruzione pubblica di cui agli artt. 318 e 319 C.p., posto che in quel caso, qualora l'offerta del privato o la sollecitazione del pubblico ufficiale non vengano accolte dalla controparte, i due soggetti verranno sanzionati a titolo di istigazione ai sensi dell'art. 322 C.p., il quale sanziona un tentativo unilaterale altrimenti destinato a rimanere impunito all'interno di un reato a concorso necessario.

È indubbio che la riforma in esame abbia allineato la disciplina alle prescrizioni della Decisione Quadro e della Convenzione del Consiglio d'Europa, nonché alle altre fattispecie di corruzione privata conosciute dagli ordinamenti europei.²⁹⁹ È tuttavia da ritenere che il legislatore non abbia inteso correttamente il significato della riforma. Come è stato evidenziato in letteratura³⁰⁰, l'inserimento dell'offerta e della sollecitazione tra le modalità di realizzazione del fatto potrebbe costituire un sintomo dell'adesione ad un modello di corruzione tra privati strutturato non più quale fattispecie a concorso necessario bensì su due autonome ipotesi incriminatrici, ossia quella attiva e quella passiva, così da ammettere la possibilità che il corrotto o il corruttore possano realizzare una corruzione consumata senza la necessaria partecipazione della controparte dell'accordo.³⁰¹

²⁹⁹ La sollecitazione e l'offerta integrano la corruzione tra privati di cui all'art. 445-1 e 445-2 del *Code pénal* (che parla di *soliciter* e *proposer*), nella fattispecie prevista dal *Bribery Act* britannico, dove rilevano la richiesta (*requests*) e l'offerta (*offers*) ed infine nella corruzione nelle relazioni commerciali prevista dal §299 del *Strafgesetzbuch* tedesco, nei termini *fordert* e *anbieten*.

³⁰⁰ V. LA ROSA E., *op. cit.*, 2.

³⁰¹ La struttura a concorso necessario del nuovo reato è affermata da ZANNOTTI R., *op. cit.*, 312.

Siffatta lettura risulta però smentita dalla contemporanea previsione della fattispecie di istigazione di cui all'art. 2635*bis* C.c., la quale interessa appunto i casi di sollecitazione ed offerta non accolte.

In questa prospettiva appare quindi pleonastico il riferimento alle condotte di offerta e sollecitazione per la consumazione della corruzione privata: per essere riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 2635 C.c., le stesse dovranno infatti essere accolte, giungendo così alla stipula di un preliminare accordo corruttivo quanto meno nella forma della promessa e dell'accettazione della medesima, elementi tuttavia già contemplati dalla norma *ante* riforma e tipici di una corruzione a concorso necessario.³⁰²

I maggiori rischi insiti nella nuova disposizione si manifestano però sul piano dell'offensività del reato e della ragionevolezza della sanzione.

Rispetto al grado dell'offesa, l'equiparazione tra il pericolo rappresentato dall'offerta e dalla sollecitazione ed il pericolo costituito dalla concreta stipulazione dell'accordo risulta difficilmente ammissibile: ad esempio, è pacifico che la generica richiesta ad un professionista appartenente ad una società di consulenza di redigere una *due diligence* mendace, magari ai fini di agevolare un'operazione di fusione o vendita di una società, presenti un disvalore affatto minore rispetto alla concreta stipulazione dell'accordo e alla conseguente redazione di false valutazioni sul *background* e sulla reputazione della propria azienda. In secondo luogo, il riferimento alla condotta di sollecitazione e di offerta determina un grado di anticipazione della tutela penale ben maggiore di quello individuabile nei delitti di corruzione pubblica (dove queste due condotte rappresentano non la fattispecie consumata, bensì quella tentata): tenendo conto del diverso disvalore delle due manifestazioni corruttive simile anticipazione di tutela appare quantomeno paradossale.

Infine, come meglio si vedrà parlando dell'istigazione, riconoscere l'offerta e la sollecitazione come condizioni sufficienti per la consumazione del reato significherebbe estendere la sfera di operatività dell'art. 2635*bis* C.c. fino a sanzionare quelli che nei fatti sarebbero un tentativo del tentativo, anticipando l'intervento penale su livelli difficilmente tollerabili alla luce degli stessi principi costituzionali.

³⁰² Così *Ibidem*, 2.

5. La soppressione del nocumento: come cambia il regime del bene tutelato e della procedibilità a querela.

La novità di primo piano apportata dalla riforma del 2017 è indubbiamente costituita dal mutamento radicale della struttura del fatto tipico di corruzione tra privati tramite l'eliminazione del "nocumento alla società" quale evento necessario ai fini della consumazione del delitto. Come più volte anticipato, il d.lgs. 38 segna il passaggio verso una fattispecie di pericolo tendente alla specularità con la corruzione pubblica *ex artt. 318 e 319 C.p.*

Il venir meno del danno, se da un lato segna il definitivo superamento di quel modello di tutela penale "patrimonialistico" caro ai legislatori del 2002 e del 2012, per altro verso impone una riflessione sulla tipologia di interesse che la nuova fattispecie mira a salvaguardare, date le non poche conseguenze che derivano dal suo accertamento (*in primis*, l'individuazione del soggetto legittimato alla proposizione della querela).

In prima battuta, a tal riguardo può essere apprezzata la scelta del legislatore di impennare il disvalore della corruzione sull'accordo illecito in sé considerato e non più su quel "nocumento alla società" che, non verificandosi, avrebbe inesorabilmente svuotato di contenuto illecito ed offensivo il *pactum sceleris* vero e proprio. Conseguentemente, può affermarsi che il *momentum* penalmente rilevante oggi coincide già con la semplice offerta o sollecitazione a dare o promettere denaro o altra utilità in cambio della violazione dei doveri d'ufficio e di fedeltà, senza quindi necessità che la condotta antidoverosa sia in concreto posta in essere o che la società subisca un danno da essa.

Le critiche che potrebbero essere mosse, anche legittimamente, verso questa innovazione, potenzialmente leggibile come un'ingerenza (dai tratti moraleggianti) del legislatore nella discrezionalità "aziendale" degli enti privati, sono tuttavia controbilanciate dal bisogno di effettività della fattispecie e dalla necessità, divenuta ormai obbligo, di avvicinare la normativa in tema di corruzione privata ai parametri sovranazionali, che in nessun caso attribuiscono rilevanza agli interessi patrimoniali della società tra quelli minacciati dalla corruzione nell'attività d'impresa.

Le stesse disposizioni internazionali, come già evidenziato, contemplan due differenti tipologie di beni giuridici alla cui salvaguardia è diretta la disciplina penale

della corruzione privata: la Convenzione del Consiglio d'Europa pone infatti al centro dell'attenzione la fedeltà dei rapporti con il principale e gli interessi economici di quest'ultimo, lesi dalla slealtà del sottoposto. Il disvalore dell'illecito si riflette dunque sulla sola retribuzione non consentita in cambio dell'atto contrario ai doveri di fedeltà, improntando così la tutela penale in chiave prettamente "lealistica"; nessun accenno diretto compare al contrario rispetto alla concorrenza. Concorrenza che invece, giova ripeterlo, è l'interesse primario perseguito dal redattore della Decisione Quadro 568 del 2003, che opera una netta virata verso un modello "pubblicistico" di incriminazione: la previsione della clausola di riserva per gli Stati, cui è consentito di limitare la risposta penale alle sole corruzioni che potrebbero comportare distorsione di concorrenza, conferma il disinteresse del legislatore comunitario per le violazioni di doveri d'ufficio prive di effetti sul piano della libera concorrenza.

Tornando all'art. 2635 C.c., non sembra contestabile l'orientamento dottrinale secondo cui la soppressione dell'elemento patrimoniale del "nocumento" ha comportato la svolta verso una concezione marcatamente "lealistico-fiduciaria" della corruzione tra privati³⁰³, del resto già individuata dalla Cassazione nel precedente reato.³⁰⁴ Entrambe le condotte corruttive sono infatti connotate dalla finalità del compimento o dell'omissione di un atto in violazione degli obblighi d'ufficio e di fedeltà posti a carico dell'*intraneus*.

Si tratta dunque di una prospettiva di tutela che rimane "interna" all'ente del corrotto: ciò è del resto confermato da una serie di elementi quali la mantenuta procedibilità a querela, la previsione di una pena più mite per i sottoposti (titolari di obblighi di fedeltà meno gravosi degli apicali), dalla responsabilità da reato del solo ente di appartenenza del corruttore e dal mancato accenno alla concorrenza da parte dell'art. 2635**bis** C.c.

Pur tuttavia, la concorrenza, per lo meno in riferimento all'art. 2635 C.c., continua a ricevere una tutela indiretta ed eventuale: viceversa, come si vedrà meglio *infra*, non si spiegherebbe il motivo dell'equiparazione sanzionatoria degli *intranei* coi corruttori esterni all'ente.

³⁰³ Cfr. DI VIZIO F., *op. cit.*, 6; LA ROSA E., *op. cit.*, 3; SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 724 ss.

³⁰⁴ Sul punto si rinvia a Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, n. 5848.

Aldilà delle considerazioni già ampiamente esposte *supra* in merito all'opportunità di introdurre un modello "lealístico" nella disciplina della corruzione privata e all'interpretazione dei controversi "obblighi di fedeltà", può in questa sede focalizzarsi l'attenzione sulle conseguenze che la scelta di orientare la tutela penale verso un bene di carattere "lealístico" ha determinato sull'individuazione del soggetto titolare dell'interesse protetto e della facoltà di proporre querela.

Se nell'ottica di salvaguardare la società da "nocumenti" (patrimoniali e non) la persona offesa legittimata alla querela non poteva che identificarsi nella società stessa e, secondo la giurisprudenza³⁰⁵, anche ai singoli soci, la tutela penale della fedeltà dei rapporti di lavoro sembra interessare categorie di soggetti esterni alla società o all'ente privato, che su di essa potrebbero fare affidamento a fini contrattuali o di investimento. Il riferimento è immediatamente diretto ai lavoratori della società, ai creditori e agli altri *stakeholders* titolari di una posizione qualificata e diretta con simile interesse presidiato dalla fattispecie, dal quale tra l'altro deriva un affidamento verso la trasparenza ed il regolare funzionamento dell'impresa che potrebbe consentire di qualificare tali soggetti come persone offese e non semplici danneggiati.³⁰⁶

Quest'impostazione, oltre ad attribuire un opportuno maggior grado di offensività alla fattispecie (stroncando sul nascere possibili e fondate censure di sproporzionalità della pena rispetto al reale disvalore del fatto), consentirebbe indubbiamente di garantire una più significativa effettività dell'art. 2635 C.c., disinnescando i mai scomparsi pericoli derivanti dal riconoscere le società quali uniche legittimate alla querela, considerato che le stesse ben potrebbero prediligere azioni disciplinari "interne" verso i soggetti infedeli senza denunciare in sede penale i fatti di corruzione, in modo da evitare scomode intrusioni dell'autorità giudiziaria nelle loro attività ma al contempo aumentando i rischi di impunità di comportamenti potenzialmente lesivi di interessi di terzi.

Il riconoscimento della legittimazione alla querela anche a soggetti portatori di interessi esterni alla società sconfesserebbe inoltre la teoria secondo cui il reato di corruzione passiva non sussisterebbe qualora il principale abbia preventivamente autorizzato o consentito, se non addirittura istigato, l'accettazione dell'utilità da parte

³⁰⁵ V. Cass. Pen. Sez. II, 25 Febbraio 2009, n. 24824.

³⁰⁶ Considera i creditori titolari della legittimazione alla querela DI VIZIO F., *op. cit.*, 8.

dell'agente per compiere un atto formalmente contrario ai doveri d'ufficio o di fedeltà potenzialmente dannoso per i terzi (ma nell'interesse del principale).³⁰⁷

È pacifico dunque che l'effettività della tutela penale dell'art. 2635 C.c. *post* riforma non potrà che essere garantita solo tramite il riconoscimento della legittimazione a sporgere querela a terzi diversi dalla società i quali tuttavia sono portatori di interessi direttamente correlati al rispetto degli obblighi d'ufficio e di fedeltà degli organi sociali.

5.1 La distorsione della concorrenza dopo il d.lgs. 38/2017.

Volgendo infine lo sguardo alla clausola di procedibilità *ex officio* in caso di distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, fermo restando quanto già espresso in precedenza può ora pacificamente affermarsi la natura di evento "accidentale" del reato che assume la distorsione della concorrenza, cosicché potrà riconoscersi una dimensione "pubblicistica" alla corruzione tra privati in tutti i casi in cui dal "fatto" sia causalmente derivata l'alterazione della struttura concorrenziale del settore di mercato dove si contestualizza la corruzione.³⁰⁸ Gioca un ruolo significativo a favore di tale interpretazione lo stesso art. 2635*bis*, il quale neppure menziona la concorrenza: supponendo che simile scelta sia stata dettata dalla natura tentata del delitto di istigazione, dovrà ritenersi che nella valutazione del legislatore la distorsione della concorrenza rappresenti un effettivo evento di danno. Non può comunque ignorarsi come, anche a seguito della nuova formulazione dell'art. 2635 C.c. la considerazione del bene istituzionale della concorrenza rimanga ancora fortemente ancorata all'interesse privato della società, ancorché non più di carattere patrimoniale bensì fiduciario.

Se infatti l'accertamento di una distorsione della concorrenza, pure intesa in senso micro-economico, derivante dal nocumento alla società rappresentava già ai tempi una *probatio diabolica*, è indubitabile che la prova del nesso causale tra la distorsione della concorrenza ed un fatto di mera infedeltà ai propri doveri di fedeltà che si incentra e si esaurisce nel semplice accordo corruttivo (o addirittura nella mera

³⁰⁷ V. SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 724, il quale richiama il §299 del StGB tedesco che espressamente esclude la punibilità del sottoposto che violi i suoi doveri qualora l'accordo corruttivo abbia trovato il benessere (*Einwilligung*) del principale.

³⁰⁸ V. LA ROSA E., *op. cit.*, 3; SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 726.

sollecitazione od offerta di denaro) senza la richiesta né della sua esecuzione né tantomeno di un documento, risulterà ancora più tortuoso.

Inoltre, e qui sta forse la maggiore contraddizione dell'odierno art. 2635 C.c., anche ammettendo che dall'eventuale esecuzione dell'accordo derivi una distorsione della concorrenza a danno di consumatori e *competitors*, qualora l'amministrazione o l'assemblea dei soci decidano di non ritenere "infedele" la condotta dell'*intraneus* corrotto (perché magari la società stessa ha tratto un vantaggio dalla stessa) verrà meno un elemento costitutivo del fatto tipico, ossia, appunto, l'infedeltà. Logica conseguenza di ciò sarà un vuoto di tutela verso i portatori dell'interesse pubblicistico della libera concorrenza che in nessun modo potranno farlo valere in sede penale.

Non è altresì condivisibile la tesi un tempo sostenuta da autorevole dottrina secondo cui la distorsione della concorrenza costituirebbe una situazione di pericolo astratto derivante dalla condotta corruttiva e non l'evento determinato dalla stessa.³⁰⁹

Siffatta interpretazione infatti stravolgerebbe il paradigma criminoso in un senso opposto, ma altrettanto censurabile, a quello della distorsione della concorrenza intesa come evento. Poiché infatti in astratto ogni accordo tra società private, specialmente in certi settori, potrebbe costituire un potenziale pericolo per la concorrenza, un intervento indiscriminato del diritto penale avverso tutte le operazioni commerciali eticamente poco corrette ma che non si configurano come corruzioni tra privati *strictu sensu*, oltre a cozzare contro i più basilari principi costituzionali porterebbe senza dubbio ad una vera e propria paralisi del mercato, trasformando il diritto penale dell'economia in una dogmatica moralistica.

In conclusione, sembra potersi affermare che novella del 2017, benché nelle intenzioni diretta a rafforzare la tutela di interessi marcatamente pubblicistici quali l'affidamento dei terzi nel buon funzionamento del mercato e la libera concorrenza, si sia in realtà risolta nuovamente in una visione eccessivamente privatistica del bene giuridico protetto. Verosimile conseguenza di ciò sarà che, salvo forse casi talmente grossolani di corruzioni da alterare la concorrenza già con la semplice definizione dell'accordo illecito, la perseguibilità di fatti potenzialmente lesivi di interessi generali dipenderà quasi sempre da una valutazione discrezionale dell'ente privato o,

³⁰⁹ Oggi la teoria è sostenuta da ZANNOTTI R., *op. cit.*, 318.

eventualmente, dei terzi offesi dalla corruzione, in merito all'opportunità di proporre o meno la querela.³¹⁰

6. Elemento soggettivo e consumazione.

Il venir meno dell'evento costitutivo della fattispecie ha determinato altresì una modifica dell'elemento soggettivo, che oggi si presenta non più, soltanto, come dolo generico bensì come dolo specifico, specularmente a quanto previsto per la corruzione pubblica. L'*intraneus* dovrà così rappresentarsi, oltre alla qualifica rivestita, di sollecitare, ricevere o farsi promettere l'utilità unitamente alla finalità di compiere od omettere un atto in violazione dei suoi doveri (senza peraltro la necessità che l'atto sia in concreto eseguito). Dal canto suo, in capo al corruttore dovrà sussistere la consapevolezza di offrire, dare o promettere denaro ad un soggetto qualificato per fargli compiere od omettere un atto violando i suoi doveri d'ufficio. Può estendersi alla disciplina della corruzione privata l'autorevole orientamento dottrinale che esclude il dolo nella corruzione pubblica ai sensi dell'art. 47 c.3 C.p. qualora il soggetto qualificato sia in errore sulla contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio (o di fedeltà).³¹¹

Per quanto riguarda la distorsione della concorrenza, accettando la prevalente e controversa tesi per cui essa costituisca un evento accidentale derivante dalla successiva esecuzione dell'atto oggetto della compravendita, al fine di poter procedere d'ufficio sembra inevitabile richiedere che le parti si siano rappresentate, almeno in termini di dolo eventuale, che dal loro accordo potesse derivare una distorsione della concorrenza nell'acquisizione dei beni e servizi; viceversa, sarà necessaria la proposizione della querela. Conclusione razionale ma che lascia una volta di più perplessi sull'adeguatezza della disposizione.

La consumazione del reato presenta uno schema "tripartito" sicuramente peculiare, frutto del possibile configurarsi di una corruzione privata a concorso eventuale. Il fatto potrà infatti consumarsi già con la semplice offerta o sollecitazione, benché soltanto nei confronti, rispettivamente, dell'*extraneus* o dell'*intraneus*; spetterà dunque al giudice valutare se in questi casi gli estremi del fatto integreranno già una

³¹⁰ Cfr. sul punto DI VIZIO F., *op. cit.*, 8.

³¹¹ V. PELISSERO M., *op. cit.*, 317; sullo stesso punto può rinviarsi anche a AMATI E., *op. cit.*, 444 ss.

corruzione tra privati *ex art. 2635 C.c.* oppure la sola istigazione di cui all'articolo successivo.

Qualora invece l'offerta e la sollecitazione vengano accolte, si potrà verosimilmente ricorrere all'impostazione adottata in tema di corruzione amministrativa della giurisprudenza di legittimità, la quale ha individuato un *iter* graduale di consumazione del reato. Entrambi i concorrenti (in questo caso necessari) saranno quindi punibili già per il raggiungimento di un mero accordo di massima sulla ricompensa da versare in cambio dell'atto dell'*intraneus* (anche se restano da definire i dettagli del medesimo accordo); se però alla promessa farà seguito la dazione-ricezione, allora sarà da questo momento che il reato viene a consumazione (determinando la conseguente dilatazione dei termini di prescrizione): l'offesa tipica del reato di corruzione infatti, quasi come fosse una negoziazione, si delinea progressivamente e si concretizza definitivamente con l'effettiva ricezione del denaro da parte del corrotto.³¹²

7. L'apparato sanzionatorio e la pena accessoria *ex art. 2635ter C.c.*

Salvo l'intervento sulle pene accessorie e sulla confisca non si registrano modifiche significative sul quadro delle pene principali previste per la corruzione privata, al cui esame può dunque rinviarsi *supra*.

Persiste infatti la pena detentiva della reclusione fissata ad un anno nel minimo e a tre anni nel massimo per il corrotto *intraneus* titolare, *de iure* e *de facto*, di cariche apicali e/o direttive ed il corruttore *extraneus*, mentre per i corrotti sottoposti è prevista la minor pena della reclusione fino a un anno e sei mesi (sempre che, seppur subordinati, non esercitino funzioni direttive ai sensi del primo comma).

Non è stata interessata dalla riforma neppure l'aggravante di cui al quarto comma per i fatti verificatisi nel contesto di società quotate in mercati regolamentati o con strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in maniera rilevante, ancora oggi puniti con il doppio della pena; si tratta peraltro di situazioni in cui, data la presenza del pubblico risparmio tra gli interessi pregiudicati dalle corruzioni riguardanti questi enti, la procedibilità d'ufficio del reato dovrebbe costituire la regola.

³¹² Cfr. Cass. Pen. SS. UU., 25 Febbraio 2010, n. 15208.

Le conseguenze sostanziali e processuali di siffatta cornice edittale incidono in particolare sul termine di prescrizione del reato, fissato a 6 anni ai sensi dell'art. 158 C.p. primo comma e, salvi i casi di applicazione dell'aggravante di cui al quarto comma, sull'impossibilità di disporre misure cautelari personali *ex art. 282 C.p.p.* ed intercettazioni *ex art. 266 c.1 lett. a) C.p.p.*, escludendo i non rari casi in cui la corruzione privata si inserisca in un più ampio reato di abusiva attività finanziaria o di manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 266 c.1 lett. f).

L'immutata distinzione a fini sanzionatori tra soggetti apicali e soggetti sottoposti sembrerebbe avallare la lettura dell'interesse tutelato dalla nuova disposizione nell'ottica della tutela della fedeltà dei rapporti lavorativi all'interno della società, essendo venuto meno il requisito del nocumento al patrimonio. In tal senso, l'adozione del modello "lealístico" ed il passaggio ad un reato di pericolo giustificano, parzialmente, la specularità con la corruzione pubblica, anch'esse differenziata nella pena sulla base della qualifica di pubblico ufficiale o di impiegato di pubblico servizio: è del resto difficile mettere in dubbio la diversa intensità degli obblighi d'ufficio e di fedeltà verso la società gravanti sugli apicali rispetto a quelli in capo ai sottoposti. L'interpretazione sarebbe del resto confermata dall'esclusione dei sottoposti tra i soggetti punibili per il reato di cui all'art. 2635*bis* C.c., sul quale si tornerà *infra*.

Non coerente con il modello di tutela fiduciario è invece la mantenuta previsione della medesima pena per i corruttori: trattandosi di figure estranee al contesto sociale ed ai rapporti di fedeltà costituiti al suo interno, la loro equiparazione ai membri dell'ente non può che leggersi ammettendo l'inclusione, tra i beni tutelati, della concorrenza e del buon funzionamento dei mercati, interessi la cui portata prescinde dalla titolarità di qualsiasi qualifica o carica.

Queste considerazioni confermano, anche in base a quanto riportato nel paragrafo precedente, l'esistenza di un duplice interesse protetto dalla nuova fattispecie dell'art. 2635 C.c. che sposa così sia il modello "lealístico" sia, seppure in via secondaria ed eventuale, quello della libera concorrenza.

Merita infine un breve richiamo il nuovo art. 2635*ter* C.c., che prescrive l'obbligatoria applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese *ex art. 32bis* C.p. verso i

soggetti apicali già condannati per i fatti di corruzione tra privati passiva o per l'istigazione alla corruzione ai sensi dell'art. 2635*bis* C.c. secondo comma.

La previsione della sanzione accessoria importa nel nostro ordinamento (seppur solo parzialmente) il disposto dell'art. 4 comma terzo della Decisione Quadro 2003/568/GAI, in forza del quale ogni Stato avrebbe dovuto adottare misure necessarie per assicurare l'interdizione di persone fisiche collegate ad attività commerciali, già punite per le condotte di corruzione privata attiva e passiva, dall'esercizio di tali attività commerciali, qualora i fatti accertati potessero essere sintomo di abusi di posizione o d'ufficio. L'allineamento con la disposizione europea è, come detto, solo parziale. L'art. 2635*ter* C.c. non condiziona l'applicazione della pena interdittiva ad una valutazione di pericolosità soggettiva, richiedendo solamente una precedente condanna per gli stessi fatti.

In secondo luogo, suscita non poche perplessità l'esclusione dei corruttori dal raggio applicativo della norma, assolutamente priva di senso considerata invece l'equiparazione degli stessi coi corrotti ai fini della pena detentiva. Se si conviene inoltre che la corruzione attiva è quasi sempre posta in essere da figure di vertice di società e di enti (si pensi all'amministratore o al direttore acquisti di una società che cerca di ottenere un'indebita riduzione di prezzi da parte del fornitore), non si comprende per quale motivo questi soggetti, se recidivi, debbano persistere nello svolgere attività commerciali privi di etica alcuna in danno di chi opera sul mercato senza cercare indebite agevolazioni.

7.1. L'attenuante di cui all'art. 2640 C.c.

La corruzione tra privati, così come la relativa fattispecie istigatrice rientrano nel novero dei reati interessati dalla riduzione di pena *ex art.* 2640 C.c., il quale, a seguito della riforma del diritto penale societario del 2002, prevede una riduzione di pena qualora il fatto abbia prodotto un'offesa di particolare tenuità.

Si tratta di una circostanza attenuante oggettiva ad effetto comune, che, in assenza di specifiche prescrizioni, determina la riduzione della pena fino ad un terzo ai sensi dell'art. 65 C.p.

Pur dovendosi rinviare a sedi più opportune per un più approfondito esame dell'art. 2640 C.c.³¹³, giova qui ricordare come l'aver posto l'accento sull'offesa ancor prima che sul danno consente di orientare l'applicazione dell'attenuante speciale a fattispecie di pericolo offensive del patrimonio e fattispecie di danno poste a tutela di interessi diversi dal patrimonio (si pensi ai reati finanziari) che la circostanza comune di cui all'art. 62 n.4 C.p. non sarebbe stata in grado di contemplare. Relativamente alla corruzione tra privati, il dettato dell'art. 2640 C.c. appare più che mai coerente con la nuova fattispecie, presentandosi essa oggi come reato di pericolo non orientato *tout court* verso la tutela del patrimonio.

Secondo la dottrina precedentemente richiamata in nota, il riferimento all'offesa ricomprenderebbe sia qualificazioni di tenuità in termini economici sia qualificazioni in termini più ampi quali, con riferimento alla corruzione tra privati, la fedeltà verso la società e la tutela dei consumatori.

Simile orientamento trova del resto riscontro nella più volte richiamata sentenza della Suprema Corte n. 5848 del Novembre 2012, mediante la quale la giurisprudenza di legittimità interpretò il concetto di "nocumento" dell'art. 2635 C.c. *ante* riforma espandendo i profili di tutela penale della norma (e del diritto penale societario *latu sensu*) verso beni di natura non esclusivamente patrimoniale, così da toccare interessi quali la fedeltà verso la società ed, indirettamente, la libera concorrenza.

Va comunque posto alla luce il problema ermeneutico che sorge dovendo adattare il concetto di particolare tenuità dell'offesa ad una corruzione che non richiede più un evento dannoso ai fini della consumazione. Essendo quanto mai arduo riconoscere in astratto una diversa scala di disvalori ad un fenomeno quale la corruzione diretta alla violazione di un obbligo d'ufficio o di fedeltà, non potrà che rimettersi alla valutazione, da parte del giudice, dei singoli elementi riferiti al caso concreto quali, ad esempio, il valore del bene offerto, promesso o dato o la natura dell'obbligo al quale l'*intraneus* accetta di venir meno.

³¹³ Per tutti ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari I*, 25 ss; MUSCO E., *I nuovi reati*, 25; ROSSI A., *La circostanza attenuante (Art. 2640)*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *op. cit.*, 181 ss.

7.2. La confisca. Cenni.

Una considerazione sistematica del trattamento sanzionatorio dei fatti di corruzione tra privati ed istigazione alla stessa impone un breve richiamo alla misura della confisca di cui all'art. 2641 C.c.³¹⁴

Premesso che l'ampiezza del tema non consente di approfondire esaustivamente l'argomento della confisca diretta e per equivalente, in questa sede ci si limiterà ad alcune considerazioni di raccordo tra gli artt. 2641 C.c., 240 e 322^{ter} C.p. (richiamato anche dall'art. 12^{bis} del d.lgs. 74/2000 in materia di reati tributari) e il disposto del sesto comma dell'art. 2635 C.c., introdotto dal d.lgs. n. 202 del 2016 e nel 2017 emendato nel senso di legare la misura della confisca per equivalente al valore delle utilità non solo date o promesse, ma anche offerte.

La confisca prevista dall'art. 2641 C.c. si pone espressamente³¹⁵ in rapporto di specialità con quella di cui all'art. 240 C.p., vista l'obbligatorietà della stessa, anche per equivalente, altresì ai casi di applicazione della pena *ex art.* 444 C.p.p. e la limitazione dell'apprensione obbligatoria ai soli beni utilizzati, e non destinati, alla commissione del reato. Con riferimento alla corruzione tra privati, quest'ultima categoria di *instrumenta sceleris* potrebbe interpretarsi quale "prezzo" del reato (ossia il "denaro o altra utilità" fisiologici corrispettivi dell'atto dell'*intraneus*), elemento normativo invero estraneo all'art. 2641 C.c. ma presente invece nella confisca *ex art.* 322^{ter} C.p. per gli analoghi reati di corruzione pubblica.

Tuttavia, la possibilità di un coordinamento con l'art. 322^{ter} C.p. viene vanificata sotto due profili.

In primo luogo l'art. 322^{ter} non contempla tra i reati interessati dalla confisca la fattispecie di istigazione alla corruzione pubblica *ex art.* 322 C.p., mentre lo

³¹⁴ Recita l'art. 2641 C.c.: "*In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione die beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente. Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale*".

³¹⁵ Fa notare MUSCO E., *I nuovi reati*, 17 che l'esplicito rinvio all'art. 240 C.p. operato dall'art. 2641 C.c. testimonierebbe la preoccupazione del legislatore in ordine alla specificazione dell'esclusione dell'applicazione della confisca ai beni appartenenti a terzi in buona fede; alla stessa conclusione si sarebbe tuttavia pervenuti considerando che la confisca per equivalente, come è chiaro, finisce per limitare l'ablazione ai soli beni di disponibilità esclusiva dell'autore e dei concorrenti nel reato; così del resto prevedono anche gli artt. 322^{ter} C.p. e l'art. 12^{bis} del d.lgs. 74/2000.

speculare delitto di cui all'art. 2635*bis* C.c. rientra giocoforza nella sfera applicativa dell'art. 2641 C.c.

Il secondo elemento di criticità è rappresentato dall'obbligatoria ablazione, anche per equivalente, altresì del denaro o utilità offerti ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2635 C.c. *post* riforma.

Se da un lato una simile previsione è coerente con la controversa previsione di una consumazione della corruzione tra privati anticipata al momento dell'offerta del denaro, per altro verso, la confisca dei beni offerti determina un intollerabile scavalco dei confini fissati dalla giurisprudenza alla confisca in tema di corruzione pubblica, limitata infatti alle utilità già promesse o consegnate: un consolidato orientamento della Suprema Corte³¹⁶, muovendo dal rilievo che la confisca per equivalente è subordinata all'impossibilità di una confisca diretta, limita infatti l'ablazione ai soli vantaggi materialmente conseguiti o comunque individuabili.

Alla luce di questi due ordini di considerazioni non è dunque agevole scorgere la ragione della maggiore afflittività della confisca *ex* art. 2635 c. 6 C.c. rispetto a quella *ex* art. 322*ter* C.p.³¹⁷

Concluse queste sommarie analisi sul coordinamento tra la confisca *ex* art. 2635 c.6 C.c. e la misura prevista dall'art. 322*ter* è opportuno ora soffermarsi, altrettanto brevemente, sulla nozione di "profitto" che interessa la corruzione tra privati e sulla quantificazione dell'oggetto della confisca.

Sul punto è infatti nota la *querelle* intorno all'opportunità di scomputare i costi sostenuti per la commissione del reato dal perimetro del vantaggio economico ottenuto dallo stesso: la maggiore problematica afferisce infatti al bilanciamento tra la dissuasività e l'efficacia della confisca per equivalente e la necessità di mantenere l'impianto punitivo entro margini di ragionevolezza e proporzionalità legati all'ormai indiscutibile natura "sanzionatoria" attribuita alla confisca (ed in particolare a quella per equivalente) non solo da autorevole dottrina³¹⁸ ma anche dalla stessa

³¹⁶ V. Cass. Pen. Sez. VI, 23 Settembre 2016 n. 39542; Cass. Pen. Sez. VI, 28 Febbraio 2014, n. 9929.

³¹⁷ Così SEMINARA S., *Il gioco infinito*.

³¹⁸ V. ANTOLISEI A., *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, 370 ss. L'autore individua la *ratio* dello strumento sanzionatorio nella "compensazione e riequilibrio della situazione economica del reo".

giurisprudenza della Corte EDU e, sulla scia di quest'ultima, da quella della Cassazione.³¹⁹

Nel solco tracciato dal dibattito in esame è intervenuta la giurisprudenza di legittimità con la nota sentenza “Fisia Impianti”³²⁰ che, seppur con riferimento alla confisca di cui all’art. 19 del d.lgs. 231, ha *in primis* definito il profitto confiscabile come il “vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato [...] al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato”.

Rispetto alla quantificazione del profitto confiscabile di cui sopra, la Cassazione è poi intervenuta con la dicotomia “reato-contratto”³²¹ e “reato in contratto”, escludendo nel primo caso la deducibilità dei costi correlati all’illecito (in applicazione del c.d. *Bruttoprinzip*, secondo il quale la confisca del “profitto lordo” garantirebbe il ritorno allo *status quo* antecedente al fatto garantendo il riequilibrio della situazione economica del reo) e consentendo invece di detrarre dall’oggetto della confisca i costi non direttamente ed eziologicamente connessi alla realizzazione del reato qualora questo abbia rappresentato soltanto un evento patologico all’interno di una più ampia e lecita attività d’impresa.³²²

Dovendosi rinviare a sedi più opportune per un commento più approfondito della sentenza *de qua*³²³, , alla luce dell’orientamento appena esaminato la fattispecie di cui all’art. 2635 C.c. non potrà qualificarsi come “reato in contratto”: di

³¹⁹ La natura “penale” della confisca per equivalente, con la conseguente estensione ad essa delle garanzie di legalità e irretroattività proprie del diritto penale è stata affermata in seno alla Corte EDU già l’8 Giugno 1976 con la sentenza Engel ed altri contro Paesi Bassi. L’orientamento della Corte europea è stato in seguito consolidato con la sentenza Sud Fondi S.R.L. e altri contro Italia del 10 Maggio 2012.

Dal canto suo la giurisprudenza di legittimità italiana ha riconosciuto il carattere penale della confisca in primo luogo con la sentenza Muci (V. Cass. Pen. SS.UU. 25 Ottobre 2005, n. 4193) e in seguito con la sentenza Lucci (V. Cass. Pen. SS.UU. 26 Giugno, n. 31617), tramite la quale la Suprema Corte affermava la natura sanzionatoria della confisca per equivalente per contrapporla alla confisca “diretta” ex art. 2641 C.c. primo comma, ritenendo quest’ultima applicabile anche nei casi di sopravvenuta prescrizione del reato in quanto priva del carattere afflittivo che invece connota la confisca per equivalente. Sul punto si rinvia a PERINI A., *Reati societari (Art. 2641 C.c.)* in EPIDENDIO T., VARRASO G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, 818 ss.

³²⁰ V. Cass. Pen. SS.UU. 2 Luglio 2008 n. 26654.

³²¹ Per “reato contratto” si intende la situazione nella quale il profilo di illecità abbraccia l’intero negozio giuridico, permeando così di anti-giuridicità *tout court* il trasferimento di beni da un soggetto all’altro; in questi casi infatti, non potendo sollevarsi il reo dal rischio economico del reato non sarà mai consentito depurare il profitto dai costi sostenuti per la realizzazione del reato.

³²² Nell’ipotesi di reato nel contratto il comportamento penalmente rilevante, secondo la Corte, non coincide con la stipulazione del contratto in sé ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale.

³²³ V. in particolare RIVERDITI M., *La nozione di profitto nella confisca*, in *Giur. It.*, 2009, 1840 ss.

conseguenza, nel caso, ad esempio, di corruzione di un concorrente affinché questi ritiri la propria società da una gara di appalto saranno pacificamente oggetto di ablazione le tangenti versate al corrotto per il compimento dell'atto contrario ai propri doveri d'ufficio (parte "patologica" del contratto), mentre dovranno dedursi dal *quantum* confiscabile le spese sostenute per la realizzazione dell'opera eventualmente aggiudicata dal corruttore, in quanto non direttamente connesse al fenomeno corruttivo e attinenti all'esecuzione di un contratto di per sé valido.³²⁴

8. L'istigazione alla corruzione tra privati.

Trattando le novità intervenute sul versante dell'elemento oggettivo si era in parte accennata l'*impasse* normativa creatasi in seguito alla contemporanea introduzione delle condotte di "offerta" e "sollecitazione" e del reato autonomo di istigazione alla corruzione tra privati previsto dall'art. 2635*bis* C.c.³²⁵, il quale prevede la riduzione di un terzo della pena dell'art. 2635 C.c.

Un esame più analitico della fattispecie istigatrice consente di interpretare quest'ultima come il frutto di un inspiegabile cortocircuito legislativo che presumibilmente darà vita a molteplici criticità applicative.

L'ingresso dell'istigazione alla corruzione privata nel nostro ordinamento nasce, come si è già visto *supra*, dalla Decisione Quadro 568, il cui art. 3 imponeva agli Stati membri di sanzionare l'istigazione alla corruzione attiva e passiva e il favoreggiamento alla stessa. Tuttavia nelle altre traduzioni il "favoreggiamento" è

³²⁴ Sul punto v. *Ibidem*, 1945, il quale sostiene la condivisibile opinione per la quale "in attesa di un intervento di riforma che sappia coniugare le contrapposte esigenze di effettività-efficienza dell'intervento punitivo con quelle di proporzionalità e tassatività che ne debbono governare l'attuazione, al fine di contenere i paventati rischi di illegittimità della confisca-sanzione, pare inevitabile ricostruire il profitto confiscabile al netto dei costi (leciti e dimostrabili) sostenuti per il suo conseguimento".

³²⁵ Art. 2635*bis* C.c.: "*Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo.*

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

stato tradotto in “*aiding and abetting*”, “*complicité*” e “*Beihilfe*”, termini che fanno riferimento non già ai reati di cui agli artt. 378 e 379 C.p. (che potrebbero invero applicarsi anche alla corruzione tra privati), bensì a condotte di concorso e di agevolazione nella commissione del reato da parte di terzi (dunque anche tramite istigazione). Come è stato correttamente riportato dalla scarsa dottrina³²⁶ in tema di art. 2635bis C.c., che la disposizione comunitaria intendesse l’istigazione come una forma di concorso di terzi nel reato proprio è del resto confermato dal paragrafo 2.2 della relazione della Commissione europea del Giugno 2011³²⁷, la cui versione inglese (erroneamente tradotta) sottolinea come l’art. 3 “*focuses on secondary participation in corruption through instigation, aiding and abetting. It does not address attempted offences*”, sottolineando in nota che la corruzione attiva e passiva contemplano già condotte quali l’offerta e la richiesta.³²⁸

Il richiamo del legislatore europeo verso il nostro paese non era dunque rivolto all’introduzione di una fattispecie di istigazione posta in essere dai soggetti di cui all’art. 2635 C.c., bensì alla previsione di un’autonoma ipotesi di concorso materiale o morale nel reato da parte di terzi.

Probabilmente indotto dalla traduzione ingannevole, il legislatore nostrano del 2017 ha invece ritenuto di tipizzare nell’ordinamento due peculiari forme di istigazione commesse dai medesimi soggetti: l’una, sotto forma di sollecitazione e di offerta, idonea tuttavia alla consumazione del delitto di corruzione passiva ed attiva, l’altra che invece introduce un’ipotesi speciale di tentata corruzione tra privati integrata a seguito della mancata accettazione della sollecitazione o dell’offerta medesime, in pieno parallelismo con l’art. 322 C.p.

Se il senso dell’art. 322 C.p. si spiega tuttavia nell’assenza delle condotte di sollecitazione e di offerta dalla lettera degli artt. 318 e 319 C.p., la contemplazione di un delitto di istigazione per la corruzione privata rappresenta al contrario un grossolano fraintendimento.

³²⁶ V. SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 720 ss.

³²⁷ V. COM (2011) 309 final.,.

³²⁸ Di diverso avviso sul punto è LA ROSA E., *op. cit.*, 2, che interpreta l’obbligo di incriminare l’istigazione alla corruzione contenuto nella Decisione Quadro 568 del 2003 non riferendosi al concorso di terzi nel reato ma ai medesimi soggetti dell’art. 2635, sottolineando che “con l’espressione “istigazione alla corruzione” il legislatore europeo sembra riferirsi non già al modello delineato dal nostro art. 322 C.p. quanto a condotte prodromiche a quelle di sollecitazione e di offerta”.

Se infatti, come già evidenziato *supra*, la sollecitazione e l'offerta rappresentano forme unilaterali di corruzione *ex art. 2635 C.c.*, non si comprende quale spazio applicativo residuo potrebbe venir concesso all'*art. 2635bis C.c.* Si tratterebbe infatti di spiegare in che modo una stessa condotta di offerta e richiesta possa integrare contemporaneamente due diversi reati: la sola apparente soluzione consisterebbe forse nel considerare necessario, ai fini della configurazione della corruzione tra privati, l'accoglimento dell'offerta o della sollecitazione (che a questo punto andrebbero però a confluire, di fatto, nelle condotte di "promettere/dare" e "accettare la promessa/ricevere", confermando l'inutilità dell'aggiunta) e solo qualora queste non siano accolte dalla controparte ammettere la sussistenza dell'istigazione. In questo modo si eviterebbe la paradossale conseguenza paventata in dottrina per cui le semplici offerte e sollecitazioni consumerebbero il reato, per poi tuttavia degradare il fatto già consumato alla "istigazione" *ex art. 2635bis C.c.*, qualora in un secondo momento non venissero accolte dalla controparte.

Vero è che anche quest'ultima acrobazia interpretativa si presterebbe a legittime critiche: ammettendo la punibilità dell'autonoma istigazione non idonea ad essere accolta (e quindi di una tentata corruzione tra privati priva dei requisiti di cui all'*art. 56 C.p.*) si andrebbe inevitabilmente a riconoscere una rilevanza penale a ciò che di fatto è il "tentativo di un tentativo", toccando un livello di anticipazione della tutela inaccettabile alla luce degli stessi principi costituzionali.³²⁹ Sarebbe del resto difficilmente tollerabile una risposta penale verso condotte quali, ad esempio, l'offerta di un'irrisoria somma di denaro ad un fornitore affinché venda ai concorrenti del corruttore applicando ingiuste maggiorazioni di prezzi, qualora l'offerta stessa, proprio per il suo modico valore, non venga accettata.

La compresenza delle condotte di sollecitazione e di offerta nel reato consumato e nel reato tentato genera un altro ordine di criticità che acuiscono i dubbi sulla ragionevolezza dell'*art. 2635 C.c.*

Queste criticità sono frutto del limite applicativo della norma, che infatti restringe la sua operatività alle sole istigazioni commesse da o nei confronti dei soggetti apicali

³²⁹ Sul punto v. Cass. Pen. Sez. I, 4 Luglio 2012 n. 25833. La massima della Corte, pur riferita al reato di pubblica istigazione a violare le leggi *ex art. 414 C.p.*, costituisce un autorevole precedente al fine dell'esclusione della punibilità di istigazioni in concreto non idonee alla commissione del delitto oggetto delle stesse.

indicati dal primo comma dell'art. 2635 C.c. Si può presumere che il legislatore abbia inteso escludere la punibilità per il tentativo unilaterale commesso da o nei confronti dei sottoposti, coerentemente con la minor pena prevista per le corruzioni riguardanti questi ultimi. L'effetto collaterale di simile scelta sta però in una contraddittoria disparità di trattamento tra i soggetti di vertice, che per la "sollecitazione" *ex art. 2635bis* C.c. potrebbero beneficiarie della riduzione di pena prevista dalla norma, ed i sottoposti, che invece, per il medesimo fatto vedrebbero irrogarsi la sanzione più grave di cui all'art. 2635 C.c.

La difficoltà nel coordinare le due disposizioni si riflette su un altro elemento normativo dell'art. 2635bis C.c., ossia la procedibilità a querela senza possibilità di deroga: se si rifiuta la possibilità di ammettere una sollecitazione od offerta non idonee a condurre alla stipulazione dell'accordo corruttivo si giunge infatti alla conclusione che, qualora queste condotte determinino una (anche se improbabile) distorsione della concorrenza, sarà rimessa alla valutazione del giudice la scelta di considerare le stesse integranti un fatto di corruzione tra privati procedibile d'ufficio ovvero di ritenerle semplici istigazioni *ex art. 2635bis* C.c. che necessitano della querela per essere perseguite.

Può dunque concludersi il discorso sulla fattispecie *de qua* riconoscendo l'inutilità di una disposizione nata per armonizzare l'ordinamento italiano con le direttive europee ma che al contrario si è risolta in un grottesco fraintendimento delle stesse.

Ci si trova così di fronte ad un reato che invece di prevedere un'ipotesi speciale di concorso di estranei nel reato proprio di cui all'art. 2635 C.c. (scelta del resto coerente con le prescrizioni europee) introduce nel diritto penale delle società un ibrido tra una forma anticipata di corruzione tra privati ed un fatto della cui offensività astratta e concreta è più che lecito dubitare.

Valutazioni *de iure condendo* portano così ad auspicare che la riforma in cantiere dei delitti di corruzione pubblica e privata, ammesso che superi il vaglio camerale, intervenga in maniera decisa sulla disciplina *de qua*, trasferendo le condotte di "sollecitazione" ed "offerta" in una specifica fattispecie di istigazione concretamente offensiva ovvero, in alternativa, espungendo l'art. 2635bis C.c. dall'ordinamento.

9. La responsabilità dell'ente: le modifiche al d.lgs. 231/2001.

Spostando ora l'attenzione sul versante della responsabilità degli enti da reato di corruzione tra privati ed istigazione alla stessa, le principali novità si registrano esclusivamente rispetto al *quantum* delle sanzioni irrogabili, senza interventi di rilievo sulla struttura della responsabilità dell'ente.

Più nel dettaglio, il d.lgs. 38 del 2017, progredendo nell'attuazione dell'art. 6 della Decisione Quadro 568, ha delineato un meccanismo sanzionatorio indubbiamente più gravoso del precedente per l'ente (sia esso una società commerciale ovvero un'altra entità privata senza personalità giuridica ai sensi dell'art. 1 c.2 del decreto) nel cui interesse o a cui vantaggio sia stato commesso il reato. Il nuovo art. 25^{ter} lett. s-bis) prevede infatti la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote in caso di corruzione attiva; nei casi di istigazione alla corruzione attiva la sanzione va invece da duecento a quattrocento quote. Infine, nei casi di cui all'art. 13 d.lgs. 231/2001 vengono applicate le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 c.2³³⁰ dello stesso decreto, eventualmente sostituibili dalla prosecuzione dell'attività da parte del commissario giudiziale se sussistono le condizioni di cui all'art. 15.

Va inoltre ricordata, in caso di condanna, l'applicazione della confisca *ex art.* 19 d.lgs. 231, anche per equivalente, del profitto o del prezzo eziologicamente connessi alla corruzione attiva o all'istigazione alla stessa.

Aldilà dell'indubitabile dissuasività ed effettività da riconoscersi alle suddette sanzioni, la riforma dell'art. 25^{ter} lett. s-bis) del decreto 231 genera alcune perplessità difficilmente chiarificabili senza un ulteriore intervento legislativo in materia.

È innanzitutto peculiare la previsione di una sanzione più gravosa nel minimo per la corruzione privata rispetto a quella prevista per la corruzione propria amministrativa ai sensi dell'art. 25 c. 2 del decreto, tenuto conto sia degli interessi tutelati dalle due fattispecie sia della maggiore predisposizione delle società a fatti di corruzione pubblica.

³³⁰ L'art. 9 c.2. prevede le seguenti sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrattare con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

A ben vedere tuttavia il maggior problema è costituito dalla perdurante esclusione di responsabilità per l'ente di appartenenza del corrotto.

Se infatti prima del 2017 poteva convenirsi con la volontà di circoscrivere la responsabilità amministrativa da reato alla sola società corruttrice, atteso che la richiesta di un documento alla società corrotta ai fini della consumazione rendeva impossibile immaginare che il reato potesse considerarsi commesso nell'interesse o a vantaggio di quest'ultima, l'espunzione del danno patito dalla società del corrotto dalla struttura del reato rende questa limitazione non più accettabile.³³¹

Venuto meno l'aspetto "patrimonialistico" del fatto, risulta oggi possibile, e tutt'altro che improbabile, che anche rispetto alla società del "corrotto" possano prodursi le condizioni di imputazione della responsabilità da reato a seguito di un accordo corruttivo, ben potendo la stessa averne interesse o conseguire un vantaggio.

Possono infatti immaginarsi numerose situazioni nelle quali un ente abbia tutto l'interesse a che i suoi membri accettino denaro dietro il compimento di atti illegittimi, potendo infatti utilizzare le somme ricevute, ad esempio, per distribuire maggiori dividendi ai soci ovvero per indirizzarle verso nuovi investimenti.

La letteratura in materia ha ipotizzato, in tal senso, il caso della corruzione di una società di certificazione, la quale potrebbe trarre un vantaggio dal fatto di "fidelizzare" ulteriormente un cliente o di trovarne altri grazie alla sua corrutibilità.³³²

Attenta dottrina ha sottolineato in chiave critica che l'art. 25^{ter} lett. s-bis), rispetto all'ente di appartenenza del corrotto, si muove in una prospettiva "iper-lealistica"³³³: ciò a testimoniare come il legislatore, pur avendo soppresso il documento patrimoniale continui ad individuare l'unica persona offesa nella società nella quale si è verificata la violazione dei doveri d'ufficio o di fedeltà, anche nel paradossale caso in cui la stessa, in seguito al "tradimento" dell'*intraneus* abbia poi conseguito un beneficio dalla corruzione del suo membro, sia esso un apicale o un sottoposto.

Simile impostazione legislativa tuttavia stride con l'espreso riconoscimento da parte dell'art. 2635 C.c. della concorrenza tra i beni tutelati dalla fattispecie.

³³¹ Sul punto v. D'ACQUARONE V., ROSSI S., *op. cit.*, 12 ss.; DI VIZIO F., *op. cit.*, 5 ss;

³³² BARTOLI R., *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?* In *Dir. Pen. Proc.*, 1/2017, 7.

³³³ SEMINARA S., *Il gioco infinito*, 728.

Laddove infatti dal patto corruttivo derivi una distorsione della competitività del mercato a danno di terzi, sarebbe infatti del tutto incoerente e disfunzionale colpire solo l'ente del corruttore e non anche la società del corrotto nella circostanza in cui quest'ultima tragga un vantaggio dalla corruzione.

In conclusione, può ancora una volta affermarsi che, nella sua vaghezza e contraddittorietà, la soluzione adottata dal legislatore italiano si esaurisce in un ulteriore motivo di difformità rispetto alla disciplina comunitaria, che ai fini della responsabilità degli enti per corruzione privata richiama anche la corruzione passiva, confermando l'attaccamento di fondo dell'art. 2635 C.c. ad una concezione della corruzione tra privati ancora troppo "privatistica".

CAPITOLO IV

PROFILI DI DIRITTO COMPARATO: LA CORRUZIONE NEI RAPPORTI COMMERCIALI NEL DIRITTO PENALE TEDESCO

- 1. Cenni introduttivi. - 2. Sviluppi storici. - 3. Gli interessi tutelati: la concorrenza. – 3.1. La svolta verso il modello “lealístico”: il “*Geschäftsherrenmodell*”. - 4. I soggetti del reato. Premessa. - 4.1. Il dipendente (*Angestellter*). - 4.2. L’incaricato (*Beauftragter*). - 4.3. Il concetto di *Unternehmen*. - 4.4. Il corruttore. - 5. Il fatto tipico. - 5.1. La corruzione passiva ai sensi dell’*Abs. 1 n. 1 del §299 StGB*. - 5.1.2. Il “favoritismo” nel contesto concorrenziale. - 5.1.3. Il riferimento all’acquisto di beni e di prestazioni di servizi. - 5.2. La corruzione passiva ai sensi dell’*Abs. 1 n. 2 del §299 StGB*. - 5.3. La corruzione attiva. - 6. Il dolo. - 7. Il trattamento sanzionatorio delle persone fisiche e giuridiche. - 7.1. Aggravanti speciali. - 8. Il regime di procedibilità.

1. Cenni introduttivi.

Nel pensiero comune la Germania viene spesso rappresentata come un modello virtuoso nella lotta alla corruzione. Ciò del resto è confermato dal dodicesimo posto raggiunto dal Paese nel 2017 nella classifica di *Transparency International* degli Stati col più basso indice di percezione della corruzione.

Ciononostante, negli ultimi anni il rigore teutonico è stato sensibilmente minato da una serie di scandali, di portata anche internazionale che hanno coinvolto alcune delle più importanti realtà industriali tedesche del mercato automobilistico e tecnologico. Benché il maggiore clamore mediatico e giudiziario sia stato suscitato indubbiamente da fatti di corruzione pubblica, tra cui gli ormai celeberrimi casi delle tangenti versate da Siemens e MAN ai fini dell’aggiudicazione di appalti in USA, Sud America e Germania, anche la corruzione privata ha assunto progressivamente una portata significativa ed incredibilmente pregiudizievole, stigmatizzata dalle vicende giudiziarie che hanno visto coinvolte società quali la Opel e la Volkswagen.³³⁴

Tanto la sensibilizzazione della politica e dell’opinione pubblica tedesca verso la pericolosità della corruzione privata commerciale per lo stesso funzionamento dell’economia quanto la presa d’atto dell’inadeguatezza delle tradizionali fattispecie

³³⁴ Nel 1995 la Opel venne coinvolta in uno scandalo di dimensioni epocali per la tradizione tedesca, data l’accusa di aver ricevuto per anni dai fornitori tangenti in cambio di informazioni riservate sull’attività produttiva dell’azienda e di aver truccato le gare per l’assegnazione delle commesse. Nel 2007 venne invece condannato a due anni di reclusione il *manager* di Volkswagen Peter Hartz per la corruzione di alcuni dirigenti sindacali.

di infedeltà previste dalla Sezione XXII del codice penale³³⁵ (22. *Abschnitt*³³⁶) ai fini della tutela della concorrenza e del mercato si sono così concretizzate nel graduale processo di riforma, terminato nel 2015, della disciplina della corruzione tra privati nell'ambito del *Wirtschaftsstrafrecht*; processo che ha segnato l'introduzione nello *Strafgesetzbuch* di una nuova fattispecie che oggi costituisce, assieme alla corruzione pubblica di cui ai paragrafi 331 – 334 StGB, il nucleo del *Korruptionsstrafrecht* tedesco.

2. Sviluppi storici.

Prima di procedere più a fondo nell'analisi comparatistica, giova soffermarsi in breve sullo sviluppo storico dell'attuale fattispecie di cui al §299 StGB.³³⁷

Come anticipato nelle pagine iniziali di questa trattazione, l'odierno delitto di corruzione attiva e passiva nei rapporti commerciali (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*) costituisce il punto d'arrivo di un percorso intrapreso a partire dal 1909 con l'ingresso nel diritto penale dell'economia tedesco di una norma speciale diretta alla tutela della concorrenza (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*), il cui paragrafo 12 Abs. 1 e 2 contemplava un'ipotesi di corruzione attiva e passiva dei sottoposti e dei collaboratori di un'impresa commerciale che sollecitassero o accettassero la promessa o la dazione di un vantaggio al fine di favorire in modo illegittimo il corruttore od un terzo nell'acquisizione di beni o servizi. Il reato, benché procedibile a querela, si poneva a tutela dell'interesse pubblico contro pratiche commerciali disoneste dei dipendenti o dei collaboratori dell'impresa nei confronti dei concorrenti (*Mitbewerber*). Non immune dalle critiche della dottrina penalistica nazionalsocialista, che avrebbe auspicato una tutela maggiormente diretta verso l'infedeltà del sottoposto nei confronti del principale, il §12 UWG, dopo una prima revisione da parte della *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB) del 1974, nel 1997 fu parzialmente ritoccato e definitivamente trasferito nella Sezione

³³⁵ Il riferimento è, oltre alla già vista fattispecie di *Untreue* di cui al §266 StGB, agli altri reati di frode (*Betrug*) e di abuso (*Missbrauch*) previsti dal § 263 al §266b StGB.

³³⁶ Per la traduzione dei termini tedeschi utilizzati si rinvia all'appendice al fondo del presente capitolo.

³³⁷ *Amplius* su quanto segue v. DANNECKER G., 26. *Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb*, in KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H. (a cura di), *Strafgesetzbuch, Band 3*, 5. Aufl., Nomos, Baden Baden, 2017, 1392 ss; TIEDEMANN K., §299. *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in LAUFHÜTTE H.W., RISSING – VAN SAAN, R., TIEDEMANN K., (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 10*, 12 Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2008, 315 ss.

XXVI del codice penale, rubricata “Reati contro la concorrenza” (*Straftaten gegen den Wettbewerb*).

La riforma si limitò a riprodurre nel §299 StGB, rubricato *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, l’identico fatto del §12 UWG, salvo la previsione della pena detentiva aumentata nel massimo a tre anni, della procedibilità d’ufficio in caso di specifici interessi pubblicistici e delle aggravanti di cui al §300 StGB, su cui si tornerà *infra*.

Le prime modifiche significative iniziarono ad osservarsi nel 2002, quando la legge del 22 Agosto “*EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz*” introdusse al terzo comma l’estensione della tutela penale anche alla concorrenza del mercato estero, in attuazione dell’Azione Comune del 1998 e della Convenzione del Consiglio d’Europa, disposizioni che il legislatore tedesco ha armonizzato indubbiamente in maniera più compiuta di quello italiano.

Tuttavia, malgrado i tentativi del *Gesetzgeber* di avvicinare specularmente la corruzione nel traffico commerciale a quella dei funzionari pubblici e l’ampio interesse che il §299 suscitò e suscita ancora oggi nella letteratura, per molti anni, analogamente all’art. 2635 C.c., la norma comparse solo sporadicamente nelle pronunce giurisprudenziali.³³⁸

Anche per questa ragione, già nel 2007 venne proposta una riforma (*Reformvorhaben* 16/6558) diretta all’estensione del raggio di applicazione della norma anche ai casi di corruzione privata attiva e passiva finalizzata (anche) al compimento di atti in violazione dei doveri del sottoposto nei confronti dell’impresa (*Unternehmen*), in modo da recepire *tout court* la Decisione Quadro 568 del 2003. Tale riforma fu in seguito concretata dalla *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* (BGBl. n. 46 del 20 Novembre 2015), la quale, ferma restando la punibilità della corruzione diretta ad alterare la concorrenza, ha innovato il fatto tipico ed introdotto nel §299 un’ulteriore manifestazione della corruzione avente ad oggetto la semplice violazione dei doveri del sottoposto nei confronti dell’impresa, la cui punibilità è comunque esclusa in caso di consenso del datore di lavoro.³³⁹

³³⁸ Cfr. VOGEL J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza tedesca*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *op. cit.*, 75 ss.

³³⁹ Si riporta il §299 StGB: “*Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens:*

Nel 2016 sono state poi introdotte ai paragrafi 299-*a* e 229-*b* due peculiari fattispecie speciali costituenti uno speciale ibrido tra corruzione privata e corruzione pubblica nel settore medico (*Bestechlichkeit - Bestechung im Gesundheitswesen*), in parte corrispondente al reato di comparaggio di cui *supra*.³⁴⁰

L'iter si è infine concluso nel 2017 con la soppressione del §302 StGB.

Tornando al tema centrale del capitolo, oggi l'ordinamento tedesco presenta, nella medesima disposizione, due reati di pericolo orientati verso due differenti modelli di tutela: il primo, avente ad oggetto la libera concorrenza (*Wettbewerbsmodell*), il secondo, improntato invece su un bene di carattere "lealístico" (*Geschäftsherrenmodell* o *Pflichtverletzungsvariante*).

3. Gli interessi tutelati: la concorrenza.

La fattispecie di cui al §299 StGB si presenta come un reato di pericolo astratto (*abstrakte Gefährungsdelikt*) finalizzato alla tutela diretta di due macrocategorie di interessi giuridici: la libera concorrenza all'*Abs.* 1 n. 1 e *Abs.* 2 n. 1 §299 StGB ed il rapporto di fedeltà che intercorre tra il sottoposto ed il *Geschäftsherr* dell'impresa all'*Abs.* 1 n. 2 e *Abs.* 2 n. 2 §299 StGB.

In particolare, l'*Abs.* 1 n. 1 prevede la sanzione detentiva fino a tre anni o la multa per il dipendente o il collaboratore dell'impresa che, in relazione all'acquisto di beni o di prestazioni di servizi, chiede, si fa promettere o riceve per sé o per un terzo un'utilità per avvantaggiare illegittimamente un terzo nell'ambito della concorrenza nazionale ed estera.

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

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

Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens:

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

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

³⁴⁰ V. cap. II, par. 8.3.1.

L'Abs. 2 n. 1 sanziona con la medesima pena chi offre, dà o promette l'utilità.

In merito alla libera concorrenza può innanzitutto evidenziarsi come questa, seppur priva di un espresso riconoscimento costituzionale nella *Grundgesetz*, costituisca un valore storicamente rilevante nella cultura tedesca, tanto da venir definita in letteratura come “il fondamento della struttura economico-sociale e democratica della repubblica federale”.³⁴¹

Benché il dibattito intorno al contenuto del *Rechtsgut* sia più che mai acceso, l'impostazione della più autorevole dottrina tedesca, affiancata dalla giurisprudenza dello stesso *Bundesgerichtshof*, interpreta la concorrenza verso cui si orienta la norma del §299 StGB in chiave essenzialmente macro-economico. Essa costituirebbe un interesse istituzionale e superindividuale della collettività alla leale competizione economica, diretto ad assicurare che il mercato non sia contaminato da ingerenze illecite che alterino le scelte degli operatori economici. Il raggio d'azione del reato contempla in particolare “le alterazioni della concorrenza e il pericolo astratto di decisioni contrarie alla ragionevolezza”.³⁴² Muovendo da tale corollario, in dottrina è stata estesa la nozione di leale concorrenza al concetto di meritocrazia/efficienza (*Leistungsprinzip*) quale criterio di scelta della miglior parte commerciale, le quali, tramite la corruzione, verrebbero invece soppiantate dal criterio della migliore offerta corruttiva.³⁴³

Degna di nota è altresì la tesi che qualifica la tutela della leale concorrenza quale presupposto per la salvaguardia di un altro sub-interesse, *rectius* la possibilità di cooperazione (*Kooperationschancen*) tra gli operatori di mercato, siano essi fornitori ovvero clienti finali: in questo senso, la distorsione della concorrenza sussisterebbe in tutti i casi in cui, in virtù della corruzione, vengono violati i doveri di neutralità nella scelta della controparte contrattuale.³⁴⁴

Accanto all'interesse pubblicistico rappresentato dalla *Lauterkeit* della concorrenza, la medesima dottrina teutonica individua tra le persone offese dal reato, e quindi

³⁴¹ Così HEUKING C., v. COELN S., *Die neuregelung des §299 StGB. Das Geschäftsherrenmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?* In *Betriebs-Berater*, 6/2016, 325.

³⁴² Cfr. BGH 1 StR 50/06 del 9 Agosto 2006; BGH 1 StR 235/14 del 29 Aprile 2015; tra la dottrina DANNECKER G., *op. cit.*, 1395 ss; EISELE J., HEINE G., §299, in LENCKNER T., SCHÖNKE H., SCHRÖDER A. (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Beck, München, 2014, 2829; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 316.

³⁴³ Cfr. WALTER F., *Das Korruptionsstrafrecht des StGB*, in *Jura*, 7/2010, 13.

³⁴⁴ *Amplius* sul tema cfr. v. TIPPELKIRSCH M., *Schutz des Wettbewerbs vor Korruption. Überlegungen zu Rechtsgut und Auslegung von §299 StGB*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2012, 581 ss.

legittimate a proporre querela (*Strafantrag*) ex §301 StGB, anche i singoli concorrenti (*Mitbewerber*), proponendo una lettura del bene “concorrenza” anche in senso micro-economico.

I singoli concorrenti, tramite la corruzione, vedrebbero pertanto pregiudicati sia il proprio interesse alla parità di opportunità nel mercato (*Chanchengleichheit*) sia, in virtù di una rilevante anticipazione della tutela penale, anche il proprio patrimonio (*Vermögensinteresse*), astrattamente messo in pericolo dall’alterazione nella scelta del del corrotto.

È invece controverso se la tutela della concorrenza si estenda anche alla salvaguardia dell’interesse dei consumatori a che non vengano immessi sul mercato beni di qualità inferiore o ingiustificatamente rincarati a causa del *pactum sceleris*. Aderendo all’orientamento prevalente *partner* commerciale, deve ritenersi che tale interesse sia connesso solo indirettamente alla libera concorrenza, cosicché i consumatori dovranno considerarsi meri danneggiati privi di legittimazione alla querela.³⁴⁵

Va infine segnalato un ultimo orientamento minoritario seppur autorevole, secondo il quale il §299 StGB non persegue la salvaguardia della libera concorrenza quale interesse collettivo ed istituzionale; inteso così il bene giuridico è infatti eccessivamente indeterminato ed astratto, in quanto costituito da diversi e specifici interessi individuali dei singoli. In questo senso, la *Korruption im privaten Sektor* si porrebbe su un piano del tutto speculare alla corruzione del funzionario pubblico ex §331 StGB (rubricato “*Vorteilsannahme*”) e quindi funzionale alla tutela dell’affidamento della collettività nell’incorruttibilità, indipendenza e imparzialità dei soggetti privati titolari di poteri decisionali giuridicamente rilevanti³⁴⁶.

3.1. La svolta verso il modello “lealístico”: il “*Geschäftsherrenmodell*”.

La riforma del 2015 ha previsto all’*Abs.* 1 n. 2 del §299 StGB il fatto del dipendente o del collaboratore di un’impresa che, senza il consenso dell’impresa, si fa promettere o accetta un’utilità per sé o per un terzo quale corrispettivo per il compimento di un’attività o per un comportamento omissivo in occasione dell’acquisto di merci o di prestazioni di servizio in violazione dei doveri verso il

³⁴⁵ La tesi preferibile è sostenuta da DANNECKER G., *op. cit.*, 1399; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 318 ss. In senso contrario cfr. EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2829 ss.

³⁴⁶ *Amplius* sul tema PRAGAL O., §299 StGB: *Keine Straftat gegen den Wettbewerb!*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, 63 ss.

datore di lavoro”. Ai sensi dell’*Abs.* 2 n. 2 è punito con la stessa pena chi offre, promette o dà l’utilità.

La novella ha segnato pertanto l’ingresso nella disciplina penale della corruzione privata di un peculiare modello di tutela fiduciario (c.d. *Geschäftsherrenmodell*) già contemplato dalla precedente proposta di legge del 2007.

All’interesse collettivo (e dei singoli *competitors*) costituito dalla libera concorrenza viene così a sommarsi quello individuale del datore di lavoro “al leale e non influenzato adempimento dei doveri da parte del proprio dipendente o collaboratore nell’ambito dello scambio di beni e di prestazioni di servizi”.³⁴⁷

Nelle intenzioni del *Gesetzgeber* l’innovazione costituisce il punto d’arrivo dell’*iter* di armonizzazione dell’ordinamento con la Decisione Quadro 568 del 2003.

In letteratura è stato però opportunamente evidenziato che la disposizione comunitaria non mira a salvaguardare la mera fedeltà del dipendente al datore di lavoro, ma interpreta la stabilità dei rapporti di lavoro e di agenzia in chiave strumentale alla tutela, di nuovo, dell’interesse collettivo alla libera concorrenza e ad un sano sviluppo economico. Per tale ragione l’orientamento più convincente ritiene rilevanti le sole violazioni di doveri teleologicamente correlati alla tutela della concorrenza escludendo la punibilità delle violazioni di doveri estranee ad un contesto di relazioni commerciali e dunque prive di effetti pregiudizievoli per la concorrenza e l’ordine di mercato.³⁴⁸

Non è tuttavia mancato chi ha considerato la nuova fattispecie del §299 StGB un confusionario ibrido tra diritto penale dell’economia e disciplina giuslavoristica, dubitando della ragionevolezza della sua collocazione nel Titolo XXVI, dedicato solo ai reati contro la concorrenza.³⁴⁹

La novella del 2015 è stata in effetti oggetto di ulteriori censure di indeterminatezza e sproporzionalità da parte della dottrina più autorevole, che invero aveva manifestato alcune perplessità già in merito alla proposta di legge del 2007.

Le critiche sono andate sviluppandosi su un triplo ordine di considerazioni.

³⁴⁷ V. Bundestag – Drucksache 548/07, 10 Agosto 2007, 23.

³⁴⁸ Sul punto v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1399 ss, il quale tuttavia sottolinea che l’esclusione della punibilità in caso di autorizzazione dell’impresa (*Einwilligung*) gioca a favore di una privatizzazione *tout court* del bene tutelato. Cfr. inoltre TIEDEMANN K., *op. cit.*, 341.

³⁴⁹ La critica *de qua* è stata sviluppata da RÖNNAU T., *Die Aufnahme des “Geschäftsherrenmodells” in den Tatbestand des §299. Ein Systembruch im deutschen StGB.*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 6/2007, 194.

In primo luogo, è stato opportunamente sollevato il dubbio di illegittimità costituzionale per violazione del principio di proporzionalità (*Verhältnismaßigkeitsprinzip*) della nuova fattispecie. Nel dettaglio, in letteratura è stato posto l'interrogativo circa l'opportunità di sanzionare penalmente una mera violazione dei doveri verso l'impresa senza la previsione di un pericolo concreto né per il patrimonio del *Geschäftsherr* né per la concorrenza in generale, considerati, tra l'altro, gli strumenti civilistici e giuslavoristici già a disposizione dell'impresa di appartenenza del corrotto per fronteggiare casi di slealtà dei sottoposti.³⁵⁰

Un ulteriore criticità della variante "lealistica" del nuovo §299 StGB consisterebbe poi nel cortocircuito venutosi a creare dopo il 2015 con la fattispecie di *Untreue* di cui al §266, reato "gemello" dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 C.c. Il delitto in questione punisce chi, investito formalmente di poteri di gestione del patrimonio altrui, viene meno ai suoi obblighi patrimoniali e cagiona uno svantaggio (*Nachteil*) al titolare del patrimonio.

La disposizione di cui al §266 StGB, estranea al diritto penale della concorrenza, testimonia l'implicita volontà del legislatore di condizionare la punibilità di un'infedeltà al verificarsi di un evento dannoso, o per lo meno di un pericolo concreto, verso il patrimonio del soggetto nei cui confronti vanno adempiuti i doveri di lealtà. Attraverso la previsione della punibilità di un'infedeltà che soltanto in astratto pone a rischio l'interesse patrimoniale del *Geschäftsherr* il *Gesetzgeber* sembra invece aver eluso la precedente impostazione, sicuramente più coerente con principio del diritto penale quale *ultima ratio*, senza tuttavia una chiara e giustificabile ragione (salvo forse quella di sottrarsi a futuri rimproveri del legislatore comunitario).³⁵¹

Un secondo ordine di problemi connesso all'introduzione di una fattispecie "anticipata" di infedeltà patrimoniale quale quella di cui al §299 StGB *post* 2015 si riflette sull'istituto del tentativo (*Versuchsdelikt*) di cui al §23 StGB. La peculiare norma, corrispondente solo in parte all'art. 56 C.p., prevede infatti la punibilità del delitto tentato soltanto se questa è espressamente prevista dalla fattispecie consumata.

³⁵⁰ V. sul punto HEUKING C., V. COELLN S., *op. cit.*, 326.

³⁵¹ Cfr. HEUKING C., V. COELLN S., *op. cit.*, 327; RÖNNAU T., *op. cit.*, 194.

Dal momento che il §266 StGB non contempla la variante tentata, è palese che l'infedeltà da corruzione *ex Abs. 1 n. 2 §299 StGB* vada a determinare un'eclatante contraddizione tra la non punibilità del tentato delitto *ex §266 StGB* e la criminalizzazione della corruzione finalizzata proprio ad ottenere una violazione dei doveri da parte del corrotto, reato che *de facto* si manifesta come un'ipotesi tentata dell'infedeltà di cui al §266 StGB.³⁵²

Non è dunque casuale che, al fine di risolvere l'*impasse* generatasi con il §266 StGB, vi sia stato chi ha sostenuto l'esclusione degli obblighi di fedeltà patrimoniale tra quelli rilevanti ai sensi del §299 StGB.³⁵³

Terzo ed ultimo profilo critico sul quale giova soffermarsi, date anche le non poche analogie con la fattispecie di corruzione tra privati italiana, è rappresentato dal rapporto tra il principio costituzionale della determinatezza della norma penale (il c.d. *Bestimmtheitsgebot* di cui all'art. 103 *Abs. 2* della *Grundgesetz*) e il concetto di "violazione dei doveri", che sembra sottintendere una gamma di obblighi ancora più ampia di quella, già sufficientemente indefinita, contemplata dal concetto di "obblighi di fedeltà" ai sensi dell'art. 2635 C.c.

La genericità della formula rischia infatti di generare un'estensione incontrollabile del contenuto della condotta criminosa del dipendente corrotto, andando a sanzionare penalmente condotte del tutto prive di offensività con un conseguente innalzamento delle soglie di punibilità a livelli difficilmente ammissibili alla luce dei principi costituzionali.³⁵⁴

Oltre a ciò, è stato opportunamente posto in luce che l'assenza di una disciplina che tipizzi la natura dei doveri la cui violazione potrà determinare l'integrazione del delitto di cui al §299 consentirebbe di fatto al datore di lavoro di stabilire nell'esercizio del suo potere direttivo i limiti della responsabilità penale del dipendente, sostituendosi, in modo inaccettabile, al legislatore tramite le proprie

³⁵² La critica in esame è stata sollevata da HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 327. Secondo gli autori, l'innovazione legislativa, piuttosto che andare a colmare delle supposte lacune normative ha generato un irrisolvibile contraddizione con gli altri, già esistenti, reati contro il patrimonio (*Vermögensstrafrecht*). Sul tema cfr. anche RÖNNAU T., *op. cit.*, 195.

³⁵³ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1437.

³⁵⁴ In dottrina RÖNNAU T., *op. cit.*, 194, ha evidenziato come una nozione così ampia e non meglio precisata del concetto di "violazione dei doveri nei confronti dell'impresa" porterebbe alla paradossale ed inaccettabile conseguenza di ammettere la responsabilità penale del membro del personale di un catering che nel corso di una festa aziendale, in cambio di una generosa mancia dell'organizzatore, omette di indossare la divisa venendo meno alle direttive del datore di lavoro.

valutazioni discrezionali di politica aziendale.³⁵⁵ Ciò del resto parrebbe essere confermato dalla non punibilità qualora la condotta del dipendente sia autorizzata (se non addirittura istigata) dall'*Unternehmer*.

Concludendo, sembra potersi affermare che, sulla scia di quanto sostenuto dalla dottrina italiana in merito all'introduzione del modello lealistico nella disciplina dell'art. 2635 C.c.³⁵⁶, anche la recente riforma del §299 StGB abbia segnato una rischiosa svolta verso una concezione della corruzione privata dalle venature moraleggianti e dal contenuto fortemente repressivo per la parte debole del rapporto di lavoro, elevando il delitto di *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* ad esempio negativo del labile confine che talvolta intercorre tra etica e diritto nella disciplina penalistica commerciale e societaria.

4. I soggetti del reato. Premessa.

Mentre la corruzione attiva (*Bestechung*) può essere commessa da chiunque, il fatto di corruzione passiva (*Bestechlichkeit*) contempla una categoria determinata, benché amplissima, di soggetti qualificati.

Il §299 StGB rappresenta così un reato proprio (*Sonderdelikt*) che si rivolge al dipendente (*Angestellter*) e l'incaricato (*Beauftragter*) per conto dell'impresa, senza ulteriori specificazioni in merito alle cariche rivestite all'interno dell'organizzazione aziendale.

Trattasi di figure le quali, nel contesto di acquisto di beni e servizi, sono in grado di esercitare poteri per conto dell'impresa e sono nella condizione di influenzare l'impresa stessa nello scambio di merci e prestazioni.

Non è invece considerato soggetto punibile per corruzione passiva il titolare dell'impresa (c.d. *Geschäftsherr* o *Betriebsinhaber*), il quale “è in via di principio libero nelle decisioni commerciali attinenti a beni e servizi”.³⁵⁷

Questa scelta politico-criminale risulta senza dubbio coerente con la fattispecie “lealistica” di corruzione introdotta nel 2015, che presenta come persona offesa proprio il titolare d'impresa “tradito” dal sottoposto.

³⁵⁵ Cfr. HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 327, i quali laconicamente sostengono come la riforma abbia autorizzato di fatto il datore di lavoro (*Arbeitsgeber*) a mutare a suo piacimento il precetto del §299 StGB.

³⁵⁶ Cfr. SPENA A., *Punire la corruzione privata?*

³⁵⁷ La citazione è di EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2831.

L'esclusione del *Geschäftsherr* dal novero dei corruttibili stride però in maniera considerevole con il delitto di cui all'*Abs. 1 n. 1* del §299 StGB, che, come visto, contempla la concorrenza e i concorrenti come destinatari della tutela penale.

Non è infatti chiaro per quale motivo il legislatore non abbia preso atto della, tutt'altro che improbabile, situazione in cui è proprio lo stesso imprenditore, ovvero l'assemblea dei soci in caso di imprese costituite in forma societaria, a favorire il suo corruttore piuttosto che un altro contraente alterando la concorrenza.³⁵⁸

Inoltre, come emerso nella letteratura, la possibilità che il vantaggio sia accettato dal corrotto anche per un terzo mal si accorda con la non punibilità dell'imprenditore: in un simile caso si giungerebbe all'intollerabile conseguenza di riconoscere la responsabilità penale del dipendente e nel contempo l'impunità del *Betriebsinhaber* che ha tratto il maggior vantaggio dall'accordo corruttivo.³⁵⁹

Né può ignorarsi il difetto di corrispondenza tra la non punibilità del titolare dell'impresa e la disciplina civilistica dell'attuale *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, che obbliga anche il *Geschäftsherr* al risarcimento dei danni e all'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli che sono derivate da condotte contrarie alle norme a salvaguardia della libera concorrenza.

Stando alla dottrina prevalente, la persona fisica titolare dell'impresa o della società non risponderà neppure qualora non si sia attivato per impedire il reato del dipendente³⁶⁰, salvo l'eventuale responsabilità della persona giuridica nel caso di cui al §130 della *Ordnungswidrigkeitengesetz*.

L'unico spazio residuo in cui inquadrare la punibilità del *Geschäftsherr* nei casi di corruzione finalizzata all'alterazione della concorrenza si manifesterà tuttavia qualora lo stesso venga corrotto mentre presta la sua opera in qualità di "incaricato" per conto di un'altra impresa, ad esempio in occasione di un servizio di consulenza fiscale, ovvero qualora egli stesso abbia istigato il suo dipendente ad accettare il vantaggio nelle forme di un concorso morale, venendo però sanzionato ai sensi del §28 StGB, che prevede una peculiare riduzione di pena per i concorrenti *extranei* nei

³⁵⁸ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1414 ss. L'autore evidenzia come nell'ambito di un'attività di consulenza, nell'ottica di tutela della leale concorrenza sia irrilevante che il destinatario della corruzione sia un dipendente piuttosto che il titolare della società di consulenza.

³⁵⁹ Cfr. V. TIPPELKIRCH M., *op. cit.*, 587; VOGEL J., *op. cit.*, 91.

³⁶⁰ Così DANNECKER G., *op. cit.*, 1414; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 320.

reati propri che difettino delle qualifiche richieste per essere considerati soggetti attivi del reato.

4.1. Il dipendente (*Angestellte*).

Angestellter, è, secondo una definizione consolidata, “chi si trova in un rapporto di servizio, di lavoro subordinato o di mandato con il titolare dell’impresa ed è soggetto al potere direttivo di quest’ultimo”.³⁶¹

Emerge fin da una prima lettura quanto ampio sia il contenuto della nozione, che assorbe in un’unica figura praticamente tutti i soggetti elencati dai primi due commi dell’art. 2635 C.c.

Secondo la dottrina più autorevole, ai fini del §299 StGB rileva qualsiasi tipologia di dipendenza e subordinazione, sia contrattuale che di fatto, a titolo oneroso ovvero gratuito, e a prescindere dalla durata (con la conseguente inclusione dei lavoratori interinali e stagionali).

La responsabilità del dipendente è tuttavia condizionata dalla sussistenza di due elementi. *In primis*, è necessario che il rapporto con il principale sussista concretamente al tempo dell’accordo illecito (momento di consumazione del reato), in virtù del c.d. *Koinzidenzprinzip* di cui all’art. 103 Abs. 2 della *Grundgesetz*.

In seconda battuta, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel richiedere l’esistenza, in capo al dipendente, di competenze decisionali o almeno di poteri che gli permettano di influire nelle scelte commerciali dell’impresa, dovendosi pertanto escludere la corruttibilità di figure quali i fattorini o la “bassa manovalanza”. Rientrano dunque pacificamente nella nozione di *Angestellte* i membri del Consiglio di amministrazione, ovvero, considerata la diffusione del sistema di *governance* dualistica in Germania, del Consiglio di gestione, siano essi titolari di qualifiche formali ovvero esercenti le medesime funzioni in via di fatto.

Accanto ai membri del *Vorstand*, rientrano nella sfera soggettiva del delitto anche l’amministratore delegato esterno (*Fremdgeschäftsführer*)³⁶² di una GmbH (corrispondente alla S.r.l. italiana) ed i membri del Consiglio di fabbrica

³⁶¹ Sul punto e su quanto segue v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1404 ss; EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2830 ss.; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 321 ss.

³⁶² La dottrina prevalente considera invece l’amministratore della GmbH che sia anche l’unico socio della stessa (*Alleingesellschafter-Geschäftsführer*) alla stregua del titolare dell’impresa, e quindi non punibile ai sensi del §299 StGB in quanto non soggetto alle direttive di né titolare di doveri nei confronti di alcuno.

(*Betriebsrat*)³⁶³, che nel sistema societario tedesco caratterizzato da una fortissima partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori nelle politiche finanziarie ed aziendali degli enti (c.d. co-gestione) possono assumere decisioni di peso nell'ambito di acquisti di beni e servizi.

Viceversa, i dipendenti della società di mediazione che eventualmente si prestano come intermediari per la conclusione dell'accordo corruttivo sono considerati semplici concorrenti *extranei* nel reato proprio (nella forma di istigatori o concorrenti materiali), non essendo direttamente legati all'impresa per cui lavora il corrotto. Essi saranno pertanto puniti in maniera meno grave in qualità di concorrenti ai sensi del §28 StGB.

Meritano infine una breve considerazione i dipendenti di società esercenti servizi pubblici liberalizzati o di società private partecipate da pubbliche amministrazioni. A differenza della giurisprudenza di legittimità italiana, orientata, come si è visto, verso l'attribuzione di qualifiche pubblicistiche *ex artt. 357 e 358 C.p.* a tali soggetti, il *Bundesgerichtshof* penale nell'ultimo ventennio ha optato per una decisa svolta "privatistica" giudicando irrilevante la natura pubblica del servizio erogato al fine della sussistenza della qualifica di pubblico funzionario *ex §11 StGB (Amtsträger)* in capo a queste figure, richiedendo al contrario la presenza di una concreta connessione con una pubblica amministrazione che eserciti il controllo sulla società in questione. Sono stati così considerati "*Angestellten*" ai sensi del §299 StGB l'amministratore delegato della Croce Rossa Bavarese nell'ambito dell'attività di donazione del sangue³⁶⁴ e i dipendenti di una società di smaltimento rifiuti³⁶⁵. Entrambi gli enti infatti, nella valutazione del *BGH*, pur svolgendo attività di pubblico interesse sarebbero stati estranei a forme di controllo e direzione pubblica.

4.2. L'incaricato (*Beauftragte*).

La seconda categoria di "corruttibili" contemplata dal §299 StGB è costituita dagli "incaricati" per conto dell'impresa. La nozione, elaborata da una non recente giurisprudenza, include in via residuale tutte le figure diverse dall'imprenditore e dai dipendenti che continuativamente o occasionalmente si obbligano verso l'impresa a

³⁶³ V. TIEDEMANN K., *op. cit.*, 322.

³⁶⁴ Cfr. BGH 5 StR 454/00 del 15 Marzo 2001 – "*Bayerisches Rotes Kreuz*"; V. inoltre DANNECKER G., *op. cit.*, 1407; VOGEL J., *op. cit.*, 80.

³⁶⁵ Cfr. BGH 5 StR 119/05 del 2 Dicembre 2005 – "*Kölner Müllskandal*".

prestare attività commerciale ed in tale contesto, direttamente o indirettamente, esercitano la propria influenza sulle decisioni imprenditoriali in relazione allo scambio di beni e servizi.³⁶⁶

Il punto di partenza è rappresentata dal §665 BGB, che ai fini dell'esistenza di un rapporto di *Beauftragung* richiede l'esistenza di un potere direttivo esercitato nei confronti dell'incaricato.

Rientrano così nella definizione quelle figure ben conosciute al diritto penale dell'economia italiana non direttamente riconducibili alla qualifica di "dipendenti" ma in capo alle quali sussistono tuttavia obblighi di fonte contrattuale e legale nei confronti del titolare dell'impresa: il riferimento è ai sindaci (ovvero ai membri del consiglio di sorveglianza nelle società che adottano il sistema di *governance* dualistico) ed ai liquidatori. Benché, come già osservato, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria considerino "*Angestellten*" i direttori generali ed i membri del consiglio di amministrazione/gestione, va tuttavia segnalata l'opinione di chi invece riconduce questi soggetti alla categoria degli "incaricati".³⁶⁷

La giurisprudenza consolidata e la dottrina più autorevole hanno però ampliato il concetto di *Beauftragten* in modo assai esteso. Scavalcando la definizione civilistica fornita dal BGB è stata così allargata la punibilità per corruzione passiva anche a soggetti storicamente estranei al Titolo XI del Libro V del Codice civile.

Vengono infatti ricompresi tra gli "incaricati" ex §299 StGB anche quei professionisti esterni ed indipendenti dall'impresa che, formalmente o in via di fatto, si obbligano a svolgere un incarico nell'interesse esclusivo del *Geschäftsherr* e a non ricevere compensi illegali da parte di terzi.

Questo insieme di soggetti racchiude, ad esempio, i consulenti di qualsiasi genere dell'imprenditore, gli appaltatori, gli architetti, gli ingegneri, gli agenti commerciali, gli avvocati fino ad arrivare ai direttori di un'associazione di consumatori.

L'unico limite ad una tale estensione della punibilità è, come anticipato *supra*, l'esistenza di una connessione dell'incarico del *Beauftragter* con l'attività commerciale e concorrenziale dell'impresa.³⁶⁸

³⁶⁶ Cfr. BGH 1 StR 670/51 del 13 Maggio 1952. In letteratura v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1407 ss; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 323 ss; WALTER F., *op. cit.*, 514.

³⁶⁷ V. EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2831.

³⁶⁸ V. HEUKING C., v. COELLEN S., *op. cit.*, 328.

Non sembrano invece palesarsi particolari dubbi in merito alla possibilità che il *Beauftragte* corrotto abbia assunto l'incarico in forza di una legge (coerentemente con quanto previsto dal §266 StGB) o in seguito ad una nomina giudiziale, non essendo necessariamente richiesto un contratto stipulato con il *Geschäftsherr* per la sussistenza del rapporto d'incarico rilevante ai fini del §299 StGB.

In questo senso, potrà considerarsi responsabile per corruzione passiva anche il commissario liquidatore (*Insolvenzverwalter*) nominato dal tribunale che “vende” le proprie funzioni o viene meno ai propri doveri verso l'impresa in cambio di utilità³⁶⁹ (situazione contemplata del resto anche dallo stesso art. 2635 C.c. in virtù dell'estensione soggettiva operata dall'ultimo comma dell'art. 2639 C.c.).

Un intervento delle sezioni unite (c.d. *Große Senat*) del BGH³⁷⁰ aveva invece negato la qualifica di *Beauftragte* in capo al medico convenzionato con un'assicurazione privata che avesse ricevuto pagamenti illeciti dalle industrie farmaceutiche, sovvertendo l'orientamento dottrinale fino ad allora prevalente. Né tuttavia questa figura peculiare poteva essere considerata funzionario pubblico in quanto non operante in strutture statali. In ogni caso, il vuoto normativo venutosi a creare dopo la pronuncia del *Große Senat* è stato prontamente colmato dal legislatore nel 2016 con l'introduzione della già richiamata fattispecie di corruzione medica di cui ai paragrafi 299-a e 299-b del codice penale, diretta a sanzionare ogni soggetto esercente una professione sanitaria che nell'esercizio della sua attività favorisce in maniera indebita un terzo in cambio di un utilità.

4.3. Il concetto di *Unternehmen*.

In entrambi i modelli della corruzione privata tedesca, il dipendente o l'incaricato corrotto devono fare riferimento ad un superiore, individuato nell'*Unternehmen*. Benché letteralmente il termine sia traducibile come “impresa”, nella circostanza in esame esso assume contorni molto più ampi e sfumati di quello di *geschäftlichen Betrieb* (lett. “azienda commerciale”) che esso è andato a sostituire nel 2015.

³⁶⁹ Cfr. DANNECKER G., *op. cit.*, 1409; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 325.

³⁷⁰ Cfr. BGH (GSSt) 2/11 del 29 Marzo 2012. Secondo il giudice di legittimità, il medico convenzionato con un'assicurazione privata non poteva considerarsi “incaricato” per conto della stessa in quanto l'assicurazione non potrebbe esercitare influenza alcuna sul paziente nella scelta del medico curante né sul medico nella scelta del proprio paziente, unico soggetto col quale il medico instaura una relazione fiduciaria. *Amplius* sul punto v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1411.

In particolare, la nozione viene ancorata agli estesi confini tracciati dal §14 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, che abbraccia un insieme di soggetti sia collettivi, riconducibili agli “altri enti privati” di cui all’art. 2635 C.c., che individuali.

Secondo la disposizione civilistica, deve intendersi per *Unternehmen* ogni persona fisica e giuridica che agisce stipulando contratti in esecuzione di un’attività economica o professionale, anche se autonoma.

Mutuando la definizione del BGB, la dottrina penalistica legge come *Unternehmen* ai sensi del 299 StGB ogni “attività economica, industriale, professionale o autonoma di certa durata diretta alla cessione di beni o servizi dietro un corrispettivo”.³⁷¹ Non è tuttavia richiesto scopo di lucro alcuno: potranno così includersi nell’ambito di applicazione della norma non solo gli enti esercitanti attività commerciali *strictu sensu*, ma anche quelli che perseguono scopi di pubblica utilità, culturali, sportivi e sociali, purché agiscano o possano agire in un contesto concorrenziale e si trovino coinvolti nell’acquisto di beni o servizi nel momento in cui sono affetti dalla corruzione dei loro sottoposti o incaricati. Estendendosi ben oltre i limiti fissati dalla disciplina italiana, il concetto di *Unternehmen* contempla inoltre le professioni autonome, come gli avvocati, gli architetti, i notai e i consulenti rispetto ai quali vi siano figure che possano definirsi “dipendenti” o “incaricati”.

Degna di nota è infine l’attenzione rivolta alle attività illegali: poiché il §299 StGB mira alla tutela di un sistema di mercato lecito, sarebbe inaccettabile considerare le imprese illecite *Unternehmen* ai sensi della norma: viceversa queste potrebbero paradossalmente servirsi di una fattispecie penale per salvaguardare i loro interessi patrimoniali e la loro posizione sul mercato conseguita tramite la commissione di reati.

In letteratura vi è tuttavia discordanza sul concetto di “impresa illecita”. Secondo la poco convincente opinione prevalente, non verrebbero toccate dalla disposizione le sole attività *tout court* illegali, come il commercio di stupefacenti o la tratta di esseri umani, mentre potrebbero riconoscersi la qualità di soggetti attivi *ex* §299 ai dipendenti o agli incaricati delle imprese che esercitano un’attività formalmente

³⁷¹ Così DANNECKER G., *op. cit.*, 1412. V. anche TIEDEMANN K., *op. cit.*, 325.

lecita ma connotata da profili di anti giuridicità: dovrà così ritenersi *Unternehmen* la società che ricicla i proventi di un reato investendoli in maniera lecita.³⁷²

4.4. Il corruttore.

Resta infine da individuare la controparte dell'accordo illecito che, offrendo, promettendo ovvero consegnando l'utilità, realizza la condotta di corruzione attiva.

L'*Abs. 2* non contiene espressamente una limitazione soggettiva, lasciando intendere ad un primo sguardo che il corruttore potrebbe essere chiunque. Attenta dottrina tuttavia ha fornito una lettura restrittiva della disposizione di cui all'*Abs. 2 n. 1 §299 StGB*, giustificata dallo stesso dettato della norma.

In particolare, chi offre, promette o dà l'utilità per ottenere un indebito favoritismo per sé o per un terzo da parte del corrotto deve espressamente agire in un contesto commerciale (*im geschäftlichen Verkehr*) e concorrenziale, nazionale o estero (*im inländischen oder ausländischen Wettbewerb*). Ciò è confermato, come si vedrà *infra*, dal fatto che l'atto di favore non potrà considerarsi tale in assenza di concorrenti del corruttore.

In forza di ciò, deve escludersi la punibilità dei soggetti privati privi di interessi di natura concorrenziale la cui condotta è finalizzata al mero arricchimento personale.³⁷³

Le maglie di punibilità si allargano invece nei casi previsti del nuovo *Abs. 2 n. 2*: se pertanto la corruzione attiva è finalizzata ad ottenere il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei doveri del corrotto verso l'impresa, la condotta penalmente rilevante potrà essere posta in essere da chiunque, anche al di fuori di un contesto concorrenziale purché vi sia un legame con lo scambio di beni o di servizi (*bei dem Bezug von Waren und Dienstleistungen*) e la corruzione si concretizzi nell'ambito di un rapporto commerciale (*geschäftlichen Verkehr*): sarà così responsabile per corruzione attiva *ex Abs. 2 n. 2* il cittadino privo dei requisiti di affidabilità richiesti dalla banca che, per ottenere un prestito, corrompe il funzionario della stessa affinché venga meno ai suoi doveri di verifica della situazione finanziaria del cliente.

³⁷² Cfr. EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2830 e autori citati; in senso opposto v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1413.

³⁷³ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1441; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 326.

5. Il fatto tipico.

La condotta di corruzione passiva (*Bestechlichkeit*) ex Abs. 1 n. 1 §299 StGB riproduce quella della corruzione passiva “amministrativa” di cui al §331 StGB.

Presupposto necessario, ma non sufficiente, è, come già accennato nel paragrafo precedente, che il fatto si manifesti nell’ambito di una relazione commerciale (*geschäftlichen Verkehr*): vengono contemplate in tal senso “tutte le misure che servono al raggiungimento di un qualsiasi scopo commerciale, e pertanto ogni attività economica ed anche autonoma diretta a tale fine, mediante la quale si manifesta una partecipazione alla concorrenza”.³⁷⁴

Essa si configura con la richiesta (*fordert*), l’accettazione della promessa (*sich versprechen lässt*) o l’accettazione (*annimmt*) di un’utilità (*Vorteil*). Il corrispettivo di questa utilità, coincidente con il fine che configura il dolo, consiste nel preferire illegittimamente qualcuno nell’acquisto di beni o servizi in un contesto concorrenziale ai sensi del n. 1 del Abs. 1 della fattispecie, ovvero nella violazione non autorizzata dei doveri verso il titolare dell’impresa nel caso di recente introduzione di cui all’Abs. 1 n. 2.

La corruzione attiva (*Bestechung*) si manifesta invece tramite l’offerta (*anbietet*), la promessa (*verspricht*) o la dazione (*gewährt*) dell’utilità per l’ottenimento della preferenza o della violazione dei doveri.

La fattispecie di cui al §299 StGB si configura dunque secondo un triplice schema di consumazione, cui corrisponde un graduale aumento del disvalore dell’offesa. Diversamente dal corrispondente delitto di corruzione tra privati ex art. 2635 C.c. post 2017, non è prevista un’autonoma ipotesi di istigazione né viene considerato punibile il tentativo: ciò testimonia sia una maggior correttezza nelle scelte politico-criminali sia una maggiore comprensione delle disposizioni europee da parte del legislatore tedesco, essendo la sollecitazione e l’offerta di per sé già sufficienti per l’integrazione del fatto.

³⁷⁴ Così EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2832 ss. ed autori citati. Vengono ricomprese nel *geschäftlichen Verkehr* anche le attività artistiche e scientifiche, pure esercitate in via autonoma. Sono escluse invece le attività meramente private, come l’acquisto finalizzato al consumo personale, e le relazioni interne all’impresa.

Il nucleo della fattispecie consiste quindi nell'accordo illecito *strictu sensu*, senza la necessità né dell'esecuzione dell'atto di favoritismo da parte del corrotto dell'effettiva violazione dei doveri.

Tuttavia, come evidenziato in letteratura, l'accordo illecito deve riferirsi ad un "processo di acquisto sufficientemente determinato, così che in vantaggi che vengono concessi in vista di un mero foraggiamento, finalizzato a favorire la disponibilità dell'affare, non ricadono nella norma del §299 StGB".³⁷⁵

5.1. La corruzione passiva ai sensi dell'Abs. 1 n. 1 del §299 StGB.

Come anticipato *supra*, dal 2015 la corruzione passiva può essere orientata verso due scopi differenti, corrispondenti rispettivamente al modello di tutela della concorrenza e a quello "lealistico".

Analoghe sono invece le modalità della condotta.

Più nel dettaglio, ai sensi della norma, il dipendente o l'incaricato saranno puniti già per la mera richiesta di un vantaggio in cambio dell'atto sleale o antidoveroso, configurando una peculiare ipotesi di corruzione a concorso non necessario sul cui modello si è orientata anche la nuova fattispecie di cui all'art. 2635 C.c.

Secondo dottrina e giurisprudenza il termine "*fordert*" implica una manifestazione di volontà unilaterale espressa o tacita diretta alla conclusione di un accordo illecito che deve necessariamente giungere a conoscenza del destinatario o di un suo intermediario.³⁷⁶ Stando all'opinione maggioritaria, ai fini della punibilità non rileva né la conoscenza del significato della pretesa da parte del destinatario né l'eventuale rifiuto della richiesta da parte dello stesso. Poiché la consumazione del reato coincide con il momento in cui il destinatario diventa consapevole della sollecitazione, il recesso dalla proposta non costituisce desistenza.

Non diversamente da quanto detto in tema di art. 2635 C.c., l'equiparazione sanzionatoria della richiesta del vantaggio alla condotta di accettazione della promessa o della dazione lascia ragionevolmente perplessi e stride pericolosamente con il principio di offensività e ragionevolezza. Per scongiurare i rischi di un

³⁷⁵ La citazione è di VOGEL J., *op. cit.*, 91.

³⁷⁶ Cfr. BGH 2 StR 91/60 del 25 Luglio 1960. In dottrina v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1417; EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2833; SOWADA C., §331. *Vorteilsannahme*, in LAUFHÜTTE H.W., RISSING – VAN SAAN R., TIEDEMANN K., (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 13*, 12 Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2008, 53 ss. WALTER F., *op. cit.*, 515.

intervento penale indiscriminato anche nei confronti di condotte di fatto innocue è pertanto estendibile al §299 StGB l'impostazione dottrinale che, in materia di corruzione pubblica, impone per lo meno l'oggettiva conoscibilità della richiesta del vantaggio proveniente dal corrotto.³⁷⁷

Le condotte di accettazione della promessa e ricevimento del vantaggio non presentano più struttura unilaterale, ma presuppongono una compartecipazione attiva della controparte corruttrice al *pactum sceleris*, andando così a concretizzare un reato a concorso necessario.

L'accettazione della promessa (*sich-versprechen-lässt*) coincide infatti con l'accoglimento dell'offerta del corruttore di un futuro vantaggio in cambio dell'esecuzione dell'accordo, e rappresenta il *momentum* di conclusione dell'accordo tipico di un reato di corruzione. Per questa ragione, entrambe le parti devono essere consapevoli della rispettiva volontà "contrattuale": chi, ritenendo erroneamente di aver ricevuto una proposta corruttiva, accetta l'offerta potrà pertanto rispondere al massimo per la condotta di "richiesta", escludendo la punibilità della controparte.

L'offerta può essere accettata espressamente (anche in maniera condizionata), tramite comportamenti concludenti ovvero, in casi specifici, anche con il mero silenzio assenso.³⁷⁸

L'accettazione dell'utilità (*annimt*) per sé o per un terzo costituisce infine l'offesa "tradizionale" della corruzione, in quanto in essa si manifesta il maggior disvalore del fatto.

Ai fini della punibilità dell'*Annahme*, se da un lato non rileva la volontà di restituire l'utilità ricevuta, dall'altro esclude invece la punibilità la finalità di trattenerla a scopi probatori (nell'eventuale situazione in cui il corrotto agisca in realtà nella veste del c.d. "agente provocatore"). Secondo la giurisprudenza del BGH la buona fede del corrotto rileva in senso a lui favorevole fintanto che lo stesso non manifesti la volontà di trattenere l'utilità ricevuta con la consapevolezza che questa costituisce il corrispettivo per la sua condotta illecita.

Ulteriore elemento normativo è rappresentato dal vantaggio (*Vorteil*) in cambio del quale il corrotto si vincola all'esecuzione del patto corruttivo.

³⁷⁷ Cfr. SOWADA C., *op. cit.*, 13, 54.

³⁷⁸ V. *Ibidem*, 55.

L'orientamento prevalente legge il termine in maniera assai ampia e vi riconduce ogni prestazione funzionale ad un obiettivo miglioramento della condizione economica, giuridica o personale del destinatario senza che questi ne abbia diritto.

L'utilità in esame può consistere in denaro o buoni sconto ovvero in altri beni di carattere non prettamente patrimoniale. Il *Vorteil* può altresì avere ad oggetto utilità di natura immateriale, quali viaggi premio, annullamenti di debiti, assunzioni o promozioni. L'opinione preferibile tuttavia limita la rilevanza penale delle utilità immateriali a quelle che siano "oggettivamente misurabili" e "comparabili con rilevanti vantaggi materiali".³⁷⁹

Devono essere espunti dal raggio di applicazione della norma anche quei vantaggi insignificanti e "socialmente adeguati" privi nel caso concreto di un'effettiva idoneità persuasiva per il dipendente o l'incaricato, come le c.d. "regalie d'uso", le piccole mance o insignificanti gesti di cortesia, che nella corruzione pubblica *ex* §331 StGB sono invece quasi sempre rilevanti ai fini della punibilità.³⁸⁰

Infine, ai sensi della norma l'utilità può anche essere diretta a terzi. Tra questi rientrano pacificamente i membri della famiglia del corrotto, società ovvero organizzazioni a lui vicine. Secondo la dottrina maggioritaria per "terzo" deve intendersi anche il titolare dell'impresa, il quale, come già osservato, non è però contemplato tra i soggetti attivi del reato.

Da ciò è stata tratta la conseguenza che, qualora il dipendente o l'incaricato agiscano esclusivamente per conto del loro principale e quest'ultimo sia l'unico a trarre un beneficio dalla corruzione, il fatto di cui al §299 StGB *Abs.* 1 n. 1 non sussisterebbe. Viceversa, il dipendente sarà punibile qualora, pur agendo per conto dell'impresa, consegua un vantaggio anche per sé.³⁸¹

Simile tesi, benché sostenuta da autorevole dottrina, genera non poche perplessità, in quanto ancora il disvalore del fatto non tanto all'offesa verso la concorrenza bensì al fatto che il dipendente o l'incaricato traggano o meno un vantaggio dalla corruzione nell'eseguire le direttive dell'imprenditore.

³⁷⁹ Cfr. BGH 1 StR 372/01 del 23 Maggio 2002. In letteratura v. TIEDEMANN K., *op. cit.*, 329; WALTER F., *op. cit.*, 514.

³⁸⁰ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1420, secondo il quale nel settore privato il termine "*Vorteil*" impone un'interpretazione di manica più larga rispetto al §331 StGB. Sul punto cfr. anche HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 331.

³⁸¹ Per un esame più approfondito v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1421 ss; EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2833; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 329.

Considerazioni *de iure condendo* spingono quindi verso la necessità di un intervento del legislatore penale tedesco in materia diretto ad estendere la punibilità per corruzione privata, almeno nell'ipotesi posta tutela della concorrenza, anche al *Geschäftsherr*.

5.1.1. Il “favoritismo” nel contesto concorrenziale.

Il vantaggio di cui all'*Abs.* 1 n. 1 della norma deve necessariamente costituire il corrispettivo per il compimento, in futuro, di un atto finalizzato a “favorire illecitamente, nell'ambito della libera concorrenza, un altro in occasione dell'acquisto di beni o prestazioni di servizi”. Da ciò consegue l'irrelevanza penale della corruzione susseguente.

Per “favoritismo” (*Bevorzugung*), traducibile anche come “non imparzialità”, si intende “ogni miglioramento della posizione del corruttore o di un terzo, rispetto al quale questi non vantino diritto alcuno”.³⁸²

In particolare, rientrano pacificamente nella nozione di *Bevorzugung* gli sconti sui prezzi d'acquisto, l'omesso controllo della qualità delle merci del corruttore o la concessione di finanziamenti a soggetti privi di affidabilità creditizia.³⁸³

Presupposto necessario per la punibilità della corruzione è tuttavia l'esistenza di un contesto concorrenziale (*im Wettbewerb*) nel quale l'atto di favore si colloca: l'assenza di terzi concorrenti che possano subire anche astrattamente uno svantaggio preclude così l'applicazione dell'*Abs.* 1 n. 1, potendo al massimo configurare un'ipotesi di violazione dei doveri nei confronti del titolare dell'impresa.

Il rapporto di concorrenza cui fa riferimento il dettato normativo è soltanto quello intercorrente tra chi offre l'utilità ovvero il terzo avvantaggiato ed i loro concorrenti, mentre non rileva a fini penali che i *Mitbewerber* dell'impresa del corrotto possano essere danneggiati dalla corruzione. Il concetto di concorrenti include tutti gli operatori di mercato che producono o commerciano beni o servizi di identica o simile qualità a quelli del corruttore.

Trattandosi di reato di pericolo astratto, non è tuttavia rilevante che la relazione concorrenziale sia già instaurata al momento dell'accordo, né che i concorrenti siano già individuati in modo determinato: potrà del resto considerarsi corruttore

³⁸² Così EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2834.

³⁸³ Cfr. TIEDEMANN K., *op. cit.*, 334.

(*Vorteilsgeber*) anche chi al momento del *pactum sceleris* detiene posizioni di monopolio, qualora grazie alla posizione preferenziale acquistata con la corruzione possa precludere l'ingresso di altri soggetti sul mercato.

Necessario è comunque che i soggetti attivi si rappresentino, contestualmente alla stipulazione del patto corruttivo, l'esistenza di un possibile rapporto di concorrenza nel tempo in cui il corrotto dovrà compiere l'atto diretto a favorire la controparte.³⁸⁴

Al fine di evitare scomode e controproducenti ingerenze nella discrezionalità degli operatori economici, considerato tra l'altro che la gestione di un'attività commerciale si fonda sulla scelta di un *partner* piuttosto che di un altro, la *Bevorzugung* penalmente rilevante sarà soltanto quella compiuta in maniera "sleale" (*in unlauterer Weise*).

La determinazione del contenuto normativo del controverso termine "*Unlauterkeit*" trova giurisprudenza e dottrina su fronti diametralmente opposti.

L'impostazione del BGH si muove infatti su un piano prettamente moralistico: la "slealtà" viene equiparata pertanto alla "contrarietà al buon costume" (*Sittenwidrigkeit*). A tale lettura è stata tuttavia mossa una severa critica fondata sulla censura di indeterminatezza, e quindi di contrarietà all'art. 103 Abs. 2 GG, del termine "buon costume": la tenuta di condotte eticamente scorrette in sedi concorrenziali potrà pertanto essere considerato un mero indizio dell'esistenza di un *humus* corruttivo, ma non di per sé penalmente rilevante.³⁸⁵

In letteratura sono invece emerse due differenti tesi dalle venature marcatamente giuridiche: un primo orientamento intravede nella *Unlauterkeit* la violazione dei propri obblighi in capo al corrotto. A sfavore di questa teoria vi è però il fatto che in capo al dipendente o all'incaricato non sono previsti doveri nei confronti del concorrente del corruttore; né la slealtà può riferirsi agli obblighi nei confronti del titolare dell'impresa del corrotto, non essendo questi il destinatario della tutela nell'ipotesi di cui all'*Abs. 1 n. 1 del §299 StGB*, bensì la libera concorrenza.³⁸⁶

L'approccio preferibile è sostenuto da coloro che, pur considerandola un elemento di fattispecie del tutto superfluo, fanno coincidere la "slealtà" con "l'idoneità del favoritismo a ledere la concorrenza e a danneggiare i concorrenti".

³⁸⁴ Cfr. BGH 1 StR 235/14 del 29 Aprile 2015; v. inoltre DANNECKER G., *op. cit.*, 1427.

³⁸⁵ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1429 ss; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 337 ss.

³⁸⁶ V. EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2834 ss; VOGEL J., *op. cit.*, 91 ss.

In altre parole, la “slealtà” della *Bevorzugung* null’altro sarebbe se non la materiale illiceità (*Sachwidrigkeit*) della stessa. Illiceità che sussisterebbe nei casi in cui la scelta assunta dal corrotto a favore o contro un operatore di mercato si fonda non su ponderazioni conformi alla libera concorrenza ma sia stata al contrario condizionata dall’utilità offerta, promessa o data dal corruttore³⁸⁷ (si pensi pertanto al caso in cui il consiglio di gestione dell’impresa appaltatrice decide di assegnare l’esecuzione dell’opera in sub-appalto ad un terzo non per le qualifiche professionali e tecniche di quest’ultimo ma a causa di tangenti versate da questi agli amministratori).

5.1.2. Il riferimento all’acquisto di beni e di prestazioni di servizi.

L’atto di favoritismo oggetto della corruzione deve infine riferirsi ad un “acquisto di beni o prestazioni di servizi”, stando al disposto “*im Bezug von Waren oder Dienstleistungen*”.³⁸⁸

Il termine “*Bezug*” contempla tutti i processi commerciali che vanno dall’ordinazione di una fornitura e dall’esecuzione della relativa consegna fino al perfezionamento del pagamento, incluse le attività eventualmente espletate nel corso di tali procedure, come test della qualità, collaudi e reclami. In tal senso, rientra nella definizione l’atto col quale il dipendente corrotto rinuncia a far valere eventuali e fondate lamentele in merito alla qualità della merce acquistata.

Il soggetto cui si riferisce il termine *Bezug*, ossia il compratore dei beni o delle prestazioni di servizi nell’operazione contaminata dalla corruzione, può coincidere sia con il corruttore che con il titolare dell’impresa del dipendente o incaricato corrotto (ma non con questi ultimi). Chi offre, promette o dà l’utilità al dipendente o all’incaricato potrà pertanto essere tanto il fornitore del bene o del servizio quanto l’acquirente: in altre parole, integrerà il delitto di cui al §299 StGB sia il fatto del fornitore che corrompe il direttore dell’ufficio acquisti dell’impresa acquirente affinché questi non compri gli stessi beni da terzi concorrenti, sia il fatto dell’imprenditore che corrompe il direttore dell’ufficio vendite dell’impresa alienante affinché questi venda ai suoi concorrenti beni di minor qualità o a prezzi maggiori.

³⁸⁷ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1431. Secondo l’autore un indizio per l’accertamento del carattere illecito della *Bevorzugung* è costituito dall’estraneità allo scopo del contratto dell’utilità conseguita dal corrotto in cambio della scelta di favore. Sul punto v. anche EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2834; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 338 ss; VOGEL J., *op. cit.*, 91.

³⁸⁸ Per tutti DANNECKER G., *op. cit.*, 1433 ss e giurisprudenza citata; v. anche EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2835; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 331.

Non rileva che la merce sia successivamente rivenduta sul mercato ovvero “consumata” per l’esercizio dell’attività dell’impresa del compratore.

È stata poi oggetto di particolare attenzione la determinazione delle ampie nozioni di “beni e prestazioni di servizi” correlate alla corruzione nei rapporti commerciali.

Sono da intendersi “*Waren*” tutti i beni economicamente commerciabili, compresi i fondi immobiliari, le cose immateriali, l’energia elettrica e programmi per computer. Controversa è invece l’inclusione nel concetto di “*Waren*” delle imprese, delle azioni di S.p.A (*Aktiongesellschaften*) o delle partecipazioni nelle altre società: l’orientamento negativo considera i processi di acquisizione di questi beni irrilevanti ai sensi del §299 StGB in quanto regolamentati dal diritto commerciale ed estranei al diritto della concorrenza ed ai rapporti commerciali contemplati dalla fattispecie.³⁸⁹

Non meno ampia è la nozione di prestazioni di servizi, venutasi ad allargare in seguito alla riforma del 2015, che ha sostituito “*gewerblichen Leistungen*” (servizi commerciali) col più generico *Dienstleistungen*, ossia, appunto “prestazioni di servizio).

Il nuovo elemento di fattispecie consente pertanto di estendere il raggio applicativo del §299 StGB anche alle prestazioni intellettuali fornite dai liberi professionisti, i quali potranno agire sia come corruttori sia, secondo la già richiamata giurisprudenza prevalente, come “incaricati” corruttibili.

Più in generale, si considerano *Dienstleistungen* tutte le prestazioni immateriali fornite a titolo oneroso, quali consulenze, finanziamenti e collocazione di personale, con la sola esclusione delle prestazioni sanitarie, ora espressamente disciplinate dai nuovi §299-*a* e §299-*b* StGB.

5.2. La corruzione passiva ai sensi dell’Abs. 1 n. 2 del §299 StGB.

In precedenza è stato evidenziato come la fattispecie corruttiva introdotta nel 2015 all’Abs. 1 n. 2 del paragrafo, abbia segnato l’ingresso nell’ordinamento di una nuova e controversa ipotesi strutturata sul modello “lealístico”, che, affiancandosi alla tradizionale prospettiva di salvaguardia della concorrenza ha segnato quello che è stato definito un “completamento” della disciplina penale della corruzione privato.

³⁸⁹ Cfr. TIEDEMANN K., *op. cit.*, 331; in senso opposto v. EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2835.

Focalizzando ora l'attenzione sulle modalità della condotta, può osservarsi una parziale corrispondenza con l'odierno delitto di cui all'art. 2635 C.c.: il fatto di corruzione passiva viene integrato dalla sollecitazione, accettazione della promessa o del vantaggio da parte del dipendente o dell'incarico di un'impresa, senza l'autorizzazione del principale, al fine di compiere od omettere un atto e venire così meno ai propri doveri nei confronti dell'impresa stessa, a condizione che il patto si configuri in sede di acquisto di beni o di prestazioni di servizio. Come per la variante di cui *supra*, ai fini della punibilità non sono necessarie né l'esecuzione o l'omissione dell'atto né la conseguente violazione dei doveri.

Rinviando alle pagine precedenti gli aspetti legati alle modalità della condotta ed ai soggetti, è opportuno in questa sede soffermarsi brevemente sul contenuto dei doveri nei confronti dell'impresa (*Pflichten gegenüber dem Unternehmen*).

La nozione, che sembra ricomprendere al suo interno tanto gli "obblighi d'ufficio" quanto i generici "obblighi di fedeltà" di cui all'art. 2635 C.c., è stata interpretata in modo assai elastico, seppur con alcune opportune restrizioni.

Rispetto alle fonti degli obblighi, queste possono ravvisarsi sia nella legge che in un contratto.³⁹⁰

L'orientamento prevalente si limita a chiarire che gli obblighi di fonte contrattuale debbano essere leciti ed "efficacemente giustificati". Per il resto, la categoria comprende un elenco di obblighi che va dai doveri di condotta fissati per tutti i dipendenti da parte delle linee guida dell'impresa (ad esempio all'interno di un codice etico), ovvero da quelli derivanti dalle regole da rispettare nell'ambito di una singola operazione commerciale, fino ad arrivare ai doveri previsti dalle direttive emanate dai superiori, ancorché in forma orale.³⁹¹

Al fine di scongiurare il pericolo di una criminalizzazione indiscriminata e inaccettabile di quelle condotte che, seppur formalmente "infedeli", sono prive di qualsiasi portata offensiva per gli interessi economici dell'impresa, non pochi autori hanno escluso la rilevanza penale di quei doveri marginali rispetto al rapporto di lavoro la cui violazione non influisce neppure in astratto sulla correttezza delle decisioni assunte nelle relazioni commerciali. Da un simile approccio deriva inoltre la non punibilità per la corruzione di quei soggetti che nell'organizzazione di impresa

³⁹⁰ V. Bundestag – Drucksache 548/07, 10 Agosto 2007, 24.

³⁹¹ Così DANNECKER G., *op. cit.*, 1436; HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 328.

sono privi di qualsiasi potere decisionale o della facoltà di interferire con il buon funzionamento dell'attività.³⁹²

In ogni caso, comunque si intendano gli obblighi penalmente rilevanti, la norma richiede espressamente che l'atto contrario ai doveri sia compiuto od omesso nel contesto dell'acquisto di beni o prestazioni di servizi, con conseguente irrilevanza della corruzione orientata verso un'infedeltà estranea ai rapporti commerciali tra il corruttore e l'impresa del corrotto. Sul punto può pertanto rinviarsi al paragrafo precedente.

A differenza dell'ipotesi di cui al n. 1 dell'*Abs. 1* non è tuttavia richiesto che la compravendita dell'atto del dipendente o dell'incaricato avvenga in un contesto concorrenziale: potrà dunque giustificare l'intervento penale il fatto del funzionario di banca che accorda un mutuo ad un privato cittadino privo dei requisiti richiesti per la concessione dei finanziamenti, venendo meno ai propri obblighi nei confronti della banca, benché tale azione non costituisca pericolo alcuno per la concorrenza.

In precedenza è stato peraltro richiamato l'orientamento di chi ha richiesto che anche nella fattispecie in commento i soggetti agiscano in un ambito di concorrenza, così da giustificare la collocazione del §299 StGB nella sezione dedicata ai reati contro la concorrenza e confermare la corrispondenza con la Decisione Quadro 568.

Seppur formalmente corretta, la tesi tuttavia stride con la causa di non punibilità rappresentata dall'autorizzazione dell'impresa all'atto del corrotto, cui consegue il venir meno della natura "infedele" dello stesso: ammettendo tale approccio si consentirebbe infatti ad un soggetto privato di disporre, tramite il suo consenso, di un bene di natura pubblicistica quale la concorrenza ed il funzionamento dell'economia di mercato. A conferma di tale obiezione si pone inoltre l'assenza del consenso quale causa di esclusione dell'antigiuridicità della fattispecie di cui all'*Abs. 1* n. 1, posta infatti a salvaguardia della concorrenza e non di interessi interni all'impresa.

In ogni caso, l'assenza di un richiamo espresso alla concorrenza e la previsione dell'autorizzazione legittimano i dubbi in merito alla correttezza della collocazione di una simile fattispecie dalle esclusive venature "lealistiche" nel novero dei reati contro la concorrenza.

³⁹² V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1437; RÖNNAU T., *op. cit.*, 194; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 340 ss.

L'autorizzazione (*Einwilligung*) del principale del corrotto costituisce per l'appunto uno degli elementi più peculiari della fattispecie. Inizialmente non prevista dal progetto di legge, con essa il legislatore ha assegnato al *Geschäftsherr* di disporre della punibilità del suo dipendente o incaricato, determinando una privatizzazione della tutela penale prima del 2015 contemplata soltanto dal reato di lesioni personali di cui al §228 StGB (*Körperverletzung*) e comunque sconosciuta al diritto penale dell'economia.

L'idoneità dell'autorizzazione ad escludere l'antigiuridicità del fatto è condizionata tuttavia da requisiti relativamente stringenti.³⁹³

In breve, è necessario che il consenso del superiore all'accordo corruttivo abbia ad oggetto ogni elemento costitutivo dello stesso, ossia la violazione dei doveri e la dazione del vantaggio in cambio della stessa: in altre parole, il soggetto che presta il proprio consenso dev'essere pienamente consapevole dell'oggetto e delle circostanze della corruzione.

Il consenso può anche provenire da una figura diversa da quella del titolare dell'impresa: sufficiente è la competenza ad assumere decisioni di tal genere da parte di soggetti interni all'organizzazione d'impresa.³⁹⁴

Né si richiede una specifica forma per la *Einwilligung*, purché essa sia antecedente alla stipulazione dell'accordo: *nulla quaestio* circa l'irrelevanza del consenso prestato successivamente alla corruzione, la cui punibilità potrà essere condizionata soltanto dalla decisione di presentare o meno la querela ai sensi del §301; scelta che tuttavia, come si vedrà *infra*, non è rimessa nelle mani della sola impresa.

5.3. La corruzione attiva.

In merito alla corruzione attiva (*Bestechung*) non emergono particolari difficoltà interpretative. Nelle pagine precedenti sono stati esaminati i profili soggettivi del corruttore (*Vorteilsgeber*) nelle due ipotesi di corruzione nei rapporti commerciali.

Volgendo ora lo sguardo alla condotta può affermarsi la piena corrispondenza con l'art. 2635 C.c.: essa infatti si manifesta e si sviluppa gradualmente nell'offerta, nella

³⁹³ *Amplius* su quanto segue v. DANNECKER G., *op. cit.*, 1438 ss.; HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 329 ss.

³⁹⁴ Secondo HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 329 ss., il potere di autorizzare la condotta del sottoposto spetterebbe anche al responsabile della *compliance* aziendale e al direttore dell'ufficio cui è addetto il soggetto della corruzione passiva.

promessa ed infine nella dazione di un vantaggio, in piena specularità con la sollecitazione, accettazione della promessa e ricezione del vantaggio poste in essere dal corrotto.³⁹⁵

Rinviando per quanto possibile al discorso in merito alla corruzione passiva, può in questa sede soffermarsi brevemente sulle peculiarità delle condotte del *Vorteilsgeber*. L'offerta e la promessa costituiscono due forme di condotta unilaterali e di per sé penalmente rilevanti quali reati consumati e non come tentativi; la prima ha ad oggetto la dazione di un corrispettivo nel presente, mentre la seconda non può che orientarsi verso una futura stipulazione di un accordo. In entrambi i casi è necessario che la proposta corruttiva sia chiara ed univoca e arrivi a conoscenza dell'*Angestellte* o del *Beauftragte*. Si richiede tuttavia un minimo di serietà dell'oggetto dell'offerta o della promessa, affinché possano considerarsi sufficientemente idonee ad offendere l'interesse tutelato.

L'accordo vero e proprio acquisterà efficacia e rilevanza penale nel momento in cui l'offerta o la promessa saranno accettate dal corrotto, che sarà a questo punto punibile in qualità di concorrente necessario.

Infine, nel caso della concreta e materiale dazione del vantaggio (*gewährt*), il patto corruttivo sarà immediatamente concluso, purché l'utilità sia consegnata e accettata dietro la vendita della posizione di potere del dipendente o dell'incaricato.

La controprestazione oggetto della rappresentazione del corruttore corrisponderà alle due ipotesi di corruzione passiva di cui ai nn. 1 e 2 dell'*Abs.* 1 del paragrafo, ossia la preferenza per sé o per un terzo in un futuro contesto concorrenziale di acquisto di beni o servizi (in tal caso sarà necessario che il corruttore agisca nell'ottica di essere preferito a dei propri concorrenti) o il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei doveri verso l'impresa nell'ambito di una futura operazione di acquisto di beni o servizi.

6. Il dolo.

I confini della colpevolezza nei fatti di corruzione privata attiva e passiva sono stati tracciati in maniera ben definita da dottrina e giurisprudenza.

³⁹⁵ Per tutti DANNECKER G., *op. cit.*, 1440 ss; EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, 2836.

La punibilità delle parti dell'accordo illecito è subordinata alla sussistenza contemporanea del dolo diretto rispetto agli elementi del fatto tipico e del dolo specifico (in tedesco *Absicht* o *Dolus directus 1. Grades*) rispetto al fine cui è diretta la corruzione nelle due ipotesi.

L'orientamento prevalente ritiene sufficiente che la rappresentazione degli elementi di fattispecie avvenga anche in termini di semplice dolo eventuale.³⁹⁶

In primo luogo, entrambi i soggetti devono rappresentarsi la qualifica di dipendente o incaricato per un *Unternehmen* rivestita dal corrotto. Il nucleo del dolo è costituito dalla rappresentazione dell'accordo illecito: si richiede pertanto la vicendevoles consapevolezza che il vantaggio offerto, richiesto, promesso, accettato o accordato costituisce il corrispettivo per un atto di favore nel contesto concorrenziale o per il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei propri doveri. Conseguenza logica di ciò è l'esclusione del dolo per errore di fatti ai sensi del §16 StGB (*Irrtum über Tatumstände*) qualora corrotto e corruttore ritengano erroneamente che neppure in astratto vi siano concorrenti al momento dell'atto di favore o che l'atto oggetto della corruzione non contrasti con gli obblighi del dipendente o dell'incaricato.

Nell'ipotesi di cui all'*Abs.* 1 n. 2 esclude altresì il dolo del corrotto l'errata convinzione che la sua condotta sia stata preventivamente autorizzata dal consenso (*Einwilligung*) del titolare dell'impresa.

Con riferimento alla *Wettbewerbsvariante*, un ulteriore elemento incluso nella rappresentazione dolosa delle parti è costituito dal carattere sleale (*Unlauterkeit*) dell'atto di favore: secondo un primo approccio, il dolo deve escludersi ex §16 StGB quando il soggetto agisca nella convinzione che la *Bevorzugung* non rappresenti un atto sleale nella concorrenza a causa di un errore sulle norme extra-penali che fissano i limiti della slealtà; una seconda tesi, avallata dalla giurisprudenza in tema di corruzione pubblica, ritiene invece che la rappresentazione dell'*Unlauterkeit* sia già implicita nella consapevolezza che l'atto preferenziale trovi la propria ragione nell'utilità offerta, promessa o assegnata.³⁹⁷

Coerentemente con le tradizionali fattispecie di corruzione, i soggetti del §299 StGB devono agire in chiave finalistica. L'accordo deve pertanto essere stipulato con lo

³⁹⁶ Per tutti DANNECKER G., *op. cit.*, 1439.

³⁹⁷ Cfr. BGH 1 StR 772/82 del 31 Maggio 1983. V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1440; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 343 e giurisprudenza citata. La tesi minoritaria è sostenuta da EISELE J., HEINE G., *op. cit.* 2836.

specifico scopo di compiere ed ottenere un futuro atto di concorrenza sleale o un atto in violazione degli obblighi verso l'impresa.

Non rileva che le parti perseguano l'alterazione della concorrenza né un danno al titolare dell'impresa, essendo tali eventi estranei alla fattispecie.

L'accertamento del dolo specifico si connota infine di venature ancora più rigorose nei casi in cui il vantaggio venga solo richiesto (*fordert*) o offerto (*anbietet*): in questi casi si richiede in capo al soggetto richiedente o offerente un'ulteriore fine, antecedente a quello di cui sopra, ossia il raggiungimento della stipulazione dell'accordo: non sarà così punibile chi offre un vantaggio ad un dipendente per il mero scopo di "metterlo alla prova".³⁹⁸

7. Il trattamento sanzionatorio delle persone fisiche e giuridiche.

Il §299 StGB contempla una pena detentiva fino ai tre anni ovvero una pena pecuniaria ai sensi del §40 StGB. Il giudice deve obbligatoriamente disporre la confisca del profitto e del prodotto del reato ai sensi del §73 StGB, mentre può ordinare la confisca facoltativa del prezzo e delle cose che servono alla commissione del reato in virtù del §74 StGB.

Al reato si applica la soglia di prescrizione prevista dal §78 Abs. 3 StGB, la quale ammonta a cinque anni per i delitti puniti con una pena detentiva da uno a cinque anni, potendosi protrarre, ai sensi del §78-c, per un termine non superiore al doppio qualora i termini ricomincino a decorrere a seguito di una delle cause interruttive di cui al medesimo articolo.

In virtù del §78-a, la prescrizione (*Verjährung*) inizia a decorrere dalla conclusione del reato. Analogamente a quelle italiane, anche dottrina e giurisprudenza tedesche sono tuttavia concordi nell'identificare l'offesa tipica della corruzione pubblica e privata nella dazione del vantaggio: sarà dunque da questo momento che inizieranno a decorrere i termini per l'estinzione del reato, non rilevando le precedenti condotte prodromiche alla conclusione dell'accordo illecito.³⁹⁹

³⁹⁸ Così DANNECKER G., *op. cit.*, 1439.

³⁹⁹ Cfr. in tema di corruzione pubblica BGH 1 StR 551/57 del 22 Maggio 1958. V. inoltre TIEDEMANN K., *op. cit.*, 350.

Interessante è l'aspetto legato alla responsabilità da reato della società o dell'associazione, argomento che tuttavia, date le sue peculiarità nell'ordinamento tedesco, può essere soltanto accennato in questa sede.

La disciplina è integralmente contenuta nella *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG) del 1987, normativa che regola la responsabilità amministrativa degli enti derivante da illeciti penali ed amministrativi: in virtù del §30 dell'OWiG, alla persona giuridica o l'associazione verrà comminata una sanzione pecuniaria qualora uno dei soggetti titolari delle qualifiche di cui ai nn. 1 – 5 dell'*Abs. 1* del paragrafo commetta un qualunque illecito in violazione di obblighi incombenti sulla *societas* ovvero da cui si è tratto o poteva trarsi un utile per l'ente stesso.

Avendo riguardo alla corruzione nei rapporti commerciali, anche se non espressamente specificato dal testo normativo, la dottrina più autorevole ha proposto la limitazione della responsabilità al solo ente di cui fa parte il corruttore: soltanto esso potrà infatti conseguire una potenziale utilità dalla condotta del corrotto.⁴⁰⁰

L'affermazione è incontestabile rispetto alla variante "lealistica" dell'*Abs. 1 n. 2* del §299 StGB, considerato che in questa situazione l'ente del corrotto è addirittura persona offesa. Emerge invece qualche perplessità in merito a tale esonero di responsabilità nei casi di corruzione diretta all'alterazione della concorrenza: riprendendo il discorso sviluppato in materia di d.lgs. 231/2001, non può infatti escludersi a priori che anche la società per cui agisce il dipendente o l'incaricato corrotto non possa trarre un beneficio dal fatto di quest'ultimo.

Il §130 OWiG, norma centrale dell'intero diritto amministrativo e penale tedesco, fornisce tuttavia un appiglio per la responsabilizzazione dell'ente del corrotto, benché nei soli casi di cui all'*Abs. 1 n. 1*: ai sensi del paragrafo, la società sarà infatti sanzionata quando il suo titolare non ha impedito o non ha ostacolato le trasgressioni penali ed amministrative commesse all'interno dell'organizzazione a causa di un'omissione dolosa o colposa delle dovute misure di controllo e vigilanza. Non sembra potersi dubitare dell'inclusione della fattispecie in esame tra i reati sui quali il titolare della società ha l'onere di vigilare.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ V. DANNECKER G., *op. cit.*, 1458.

⁴⁰¹ Cfr. HEUKING C., v. COELLN S., *op. cit.*, 331.

7.1. Aggravanti speciali.

Il §300 StGB, introdotto anch'esso con la legge di contrasto alla corruzione del 1997 e rubricato "*Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen*" prevede due aggravanti speciali della corruzione nei rapporti commerciali e nell'ambito medico che sussistono quando il vantaggio è di rilevante entità o quando i soggetti della corruzione agiscono professionalmente ovvero in quanto membri di un'associazione costituita per il compimento di tale reato.

La dottrina concorda nel ritenere l'aggravante riferita al vantaggio di rilevante entità (*Vorteil größes Ausmaßes*) in palese contraddizione con gli interessi perseguiti dalla fattispecie, ossia la leale concorrenza e i rapporti di fedeltà aziendali, poiché trasferisce il disvalore del fatto sul piano della mera utilità percepita dal corrotto.

Diverse sono invece le opinioni in merito all'accertamento della "rilevante entità".

Tra queste, vi è quella di chi pone l'accento sull'osservazione del valore del *Vorteil* nel caso concreto, chi invece misura la rilevanza dell'utilità in base al valore che essa assume per il corrotto e chi infine, riprendendo alcune pronunce del BGH, fissa dei parametri numerici oggettivi al di sotto dei quali non sarebbe comunque applicabile il §300 StGB n. 1 (la soglia minima di rilevanza è stata individuata in 20.000 euro).⁴⁰²

L'aggravante di cui al n. 2 si orienta verso le peculiarità soggettive degli autori della corruzione. In particolare, si considera "professionale" (*gewerblichmäßig*) la condotta di chi stipula ripetutamente degli accordi corruttivi con la finalità di assicurarsi una fonte di guadagni non occasionale, bensì continua e "sistemica".

L'ultima ipotesi aggravata è costituita dall'agire in qualità di membro di un'associazione per delinquere (*Bande*) costituita con lo scopo di commettere reati di corruzione privata, che nell'ordinamento penale tedesco non costituisce tuttavia un'autonoma fattispecie criminosa come l'art. 416 C.p.

Peraltro, non diversamente dalla normativa italiana, ai fini della costituzione di una *Bande* si richiede la presenza di un minimo di tre membri: così infatti si è espresso il *Großer Senat* del BGH in un'importante sentenza⁴⁰³, disinnescando il rischio che già

⁴⁰² V. DANNECKER G., *op. cit.*, ; EISELE J., HEINE G., *op. cit.*, ; TIEDEMANN K., *op. cit.*, 353 ss.

⁴⁰³ Cfr. BGH (GSSt) 1/00 del 22 Marzo 2001.

il singolo accordo corruttivo stipulato tra due soggetti potesse interpretarsi come *Bande*.

È opportuno in questa sede segnalare infine l'intervento legislativo in tema di confisca dell'aprile 2017 (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*), che ha soppresso il precedente §302 StGB. La norma prevedeva l'applicazione della peculiare e fortemente afflittiva confisca di cui all'oggi abrogato §74-d StGB alle sole ipotesi aggravate di cui al §300 n. 2 StGB.

La norma consentiva infatti la "confisca" degli oggetti di valore in possesso dell'autore del reato o di chi avesse concorso nel medesimo, anche nel caso in cui sussistessero soltanto degli indizi e delle presunzioni che i predetti oggetti fossero serviti per commettere il reato oppure costituissero il prodotto o il profitto del reato.

8. Il regime di procedibilità.

L'ultimo profilo sul quale è opportuno volgere l'attenzione attiene al singolare regime di procedibilità del reato, disciplinato dal §300 StGB. Ai sensi dell'*Abs. 1* il delitto è infatti di regola perseguibile a querela (*Strafantrag*) della persona offesa e di altri soggetti qualificati dalla norma, ma diventa procedibile d'ufficio *ex Abs. 2* se l'autorità giudiziaria ritiene obbligatorio il proprio intervento a causa della sussistenza di uno specifico pubblico interesse all'esercizio dell'azione penale.

La previsione della procedibilità d'ufficio rientra a pieno titolo tra le misure che nel 1997 il legislatore ritenne doverose per attribuire al nuovo §299 StGB un'efficacia maggiore di quella del precedente §12 UWG, che, proprio a causa della sola procedibilità a querela della persona offesa aveva fino ad allora trovato un'applicazione pratica pressoché nulla.

Il paragrafo 242-*a* delle linee guida del Ministero della Giustizia tedesco per il processo penale (RiStBV) contiene alcune esemplificazioni a sostegno dell'accertamento dell'interesse pubblico all'attivazione d'ufficio del procedimento penale: tale interesse può sussistere in particolare quando il reato di cui al §299 StGB è stato commesso da soggetti recidivi o da soggetti che agiscono in cooperazione con funzionari pubblici, quando la corruzione coinvolge più società, quando essa si manifesta nelle forme aggravate *ex* §300 StGB ovvero quando i soggetti legittimati alla querela desistono dal presentarla per il timore di ripercussioni sfavorevoli di carattere economico o professionale.

L'interesse pubblico emerge altresì quando la corruzione privata è indizio di un più ampio sistema di società fittizie e intestate a prestanome (c.d. "*Strohfirmen*") costituito proprio per agevolare la stipulazione di accordi illeciti.

È chiaro tuttavia che nella maggior parte dei casi la procedibilità d'ufficio sarà ammissibile per le sole corruzioni finalizzate all'alterazione della concorrenza di cui all'*Abs.* 1 n. 1, considerato che l'ipotesi di una violazione dei doveri dietro un compenso manifesta il proprio disvalore nella sfera prevalentemente interna e privatistica dell'ente del corrotto.

Il delitto rimane invece perseguibile a querela qualora l'autorità giudiziaria ritenga mancante l'interesse che fonderebbe la procedibilità *ex officio*.

L'ampiezza della categoria di soggetti cui è rimessa la facoltà di proporre querela varia a seconda che la corruzione interessi la concorrenza ovvero la fedeltà verso il *Geschäftsherr*. Proprio nell'ipotesi di cui all'*Abs.* 1 n. 2 l'unico legittimato alla querela sarà il titolare dell'impresa del corrotto, in quanto soltanto nei suoi confronti si realizza l'offesa tipica della condotta del dipendente o dell'incaricato venuto meno ai propri obblighi.

Viceversa, se la corruzione interessa la concorrenza la querela potrà essere presentata, in primo luogo, dalla persona offesa (*Verletzte*), individuata nei concorrenti del corruttore che si trovino in un rapporto di competizione attuale e concreto con quest'ultimo.

Accanto ai concorrenti, la disposizione contempla anche soggetti completamente ignorati dalla disciplina dell'art. 2635 C.c., ossia le unioni di imprenditori (*Verbände*)⁴⁰⁴ e le camere industriali, di commercio e dell'artigianato (*Industrie-, Handels- und Handwerkskammern*) di cui al §8 *Abs.* 3 nn. 2 e 4 della nuova legge sulla concorrenza sleale del 2004.

Può quindi riconoscersi che, almeno nella dimensione di tutela della concorrenza, il regime di procedibilità della corruzione privata tedesca rappresenta un ostacolo all'effettiva applicazione della fattispecie molto più blando di quanto può invece affermarsi in merito al delitto di cui all'art. 2635 C.c., dal momento che il §299 StGB

⁴⁰⁴ Si tratta di enti assimilabili ai consorzi, dotati di capacità giuridica costituiti per il perseguimento di scopi commerciali o professionali e per la tutela degli interessi dei propri membri. Per la loro validità è necessario che vi prenda parte un "considerevole" numero di imprenditori che immettono sul medesimo mercato beni e servizi uguali o simili.

da un lato non richiede il verificarsi in concreto di una distorsione della concorrenza e per altro verso rimette il diritto di proporre querela ad un vastissimo insieme di soggetti esterni alla società del corrotto.

Appendice al Capitolo IV.

Si riporta la traduzione dei termini in tedesco utilizzati nel presente capitolo.

Absatz (Abs.): comma.

Abschnitt: sezione.

Absicht: dolo specifico.

Abstrakte Gefährdungsdelikt: reato di pericolo astratto.

Aktiongesellschaft: società per azioni.

Amtsträger: funzionario pubblico.

Anbietet: offre.

Angestellte: dipendente.

Annahme: accettazione.

Annimt: accetta.

Ausländische: estera.

Bande: associazione per delinquere.

Beauftragte: incaricato.

Beauftragung: rapporto di mandato o incarico.

Bestechlichkeit: corruzione passiva.

Bestechung: corruzione attiva.

Bestimmtheitsgebot: principio di determinatezza.

Betriebsinhaber, Geschäftsherr: titolare dell'attività d'impresa.

Betriebsrat: consiglio di fabbrica.

Bevorzugung: favoritismo.

Bundesgerichtshof (BGH): tribunale federale di legittimità.

Bundesgerichtshof - Größer Senat (BGH GSSt): gran senato del tribunale federale.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): codice civile.

Chanchengleichheit: parità di opportunità.

Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch: legge di introduzione al codice penale.

Einwilligung: consenso.

Fordert: richiede.

Geschäftlicher Betrieb: azienda commerciale.

Geschäftsführer: amministratore delegato.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH): società a responsabilità limitata.

Gesetz gegen unlauteres Wettbewerbr: legge contro la concorrenza sleale.

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption: legge sul contrasto alla corruzione.

Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung: legge di riforma delle ablazioni patrimoniali penali.

Gesetzgeber: legislatore.

Gewährt: consegna.

Gewerblichmäßig: professionalmente.

Großes Ausmaß: rilevante entità.

Grundgesetz: costituzione.

Im Bezug auf Waren und Dienstleistung: nell'acquisto di beni o prestazioni di servizio.

Im geschäftlichen Verkehr: nei rapporti commerciali.

In unlauterer Weise: in maniera sleale.

Inländische: nazionale.

Industrie-, Handels- und Handwerkskammern: camere d'industria, di commercio e di artigianato.

Insolvenzverwalter: commissario liquidatore.

Irrtum über Tatumstände: errore di fatto.

Kooperationchancen: opportunità di cooperazione.

Körperverletzung: lesioni personali.

Korruption im privaten Sektor: corruzione nel settore privato.

Korruptionsstrafrecht: diritto penale della corruzione.

Leistungsprinzip: principio di meritocrazia.

Mitbewerber: concorrente.

Nachteil: svantaggio.

Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG): legge sugli illeciti amministrativi.

Pflichten gegenüber dem Unternehmen: doveri nei confronti dell'impresa.

Rechtsgut: interesse tutelato.

Reformvorhaben: progetto di riforma.

Sachwidrigkeit: illiceità.

Sich-versprechen-lässt: accetta la promessa; si fa promettere.

Sittenwidrigkeit: contrarietà al buon costume.

Strafantrag: querela.

Strafgesetzbuch (StGB): codice penale.

Straftaten gegen den Wettbewerb: reati contro la concorrenza.

Strohfirmen: società di comodo.

Unlauterkeit: slealtà.

Unternehmen: impresa (lett.).

Untreue: infedeltà.

Verbände: unioni.

Verhältnismaßigkeitsprinzip: principio di proporzionalità.

Verjährung: prescrizione.

Vermögensinteresse: interesse patrimoniale.

Verspricht: promette.

Versuchsdelikt: delitto tentato.

Vorstand: consiglio di amministrazione.

Vorteil: vantaggio; utilità.

Vorteilsgeber: corruttore.

Vorteilsnehmer: corrotto.

Wettbewerb: concorrenza.

Wirtschaftsstrafrecht: diritto penale dell'economia.

CONCLUSIONI

Le considerazioni esposte nel presente elaborato consentono di apprezzare come la piena armonizzazione della disciplina penale della corruzione tra privati dell'ordinamento italiano con le direttive sovranazionali sia un processo ancora in fase di ultimazione.

D'altra parte, le presunte innovazioni apportate all'art. 2635 C.c. dalla recente riforma del d.lgs. 38/2017 non hanno contribuito a dissipare incertezze e dubbi sulla possibilità di applicare in maniera effettiva la fattispecie nell'ottica di prevenire condotte seriamente dannose per l'economia ed i traffici commerciali privati, tanto diffuse quanto complesse da portare alla luce.

Al contrario, le perplessità intorno alla lettura interpretativa e pratica del reato sembrano invece essersi acuite proprio a causa di alcune di queste novità legislative tendenzialmente estranee al diritto penale della corruzione e, più in generale, al diritto penale societario. Il riferimento va in particolare alla prevedibilmente complicata convivenza tra le nuove condotte di offerta e di sollecitazione alla corruzione e la fattispecie autonoma di istigazione di cui all'art. 2635**bis** C.c. Allo stesso modo, non sembra immune da criticità ermeneutiche anche l'estensione dell'applicazione del reato agli enti privati diversi dalle società commerciali, ai quali, non casualmente, si disinteressano tutte le altre fattispecie del Titolo XI del Codice Civile.

Le pretese di effettività sono del resto contraddette anche dal mantenimento del regime di procedibilità a querela che verosimilmente, al netto della possibilità che la riforma anticorruzione in cantiere vada in porto, costituirà l'elemento di maggiore ostacolo ad un'adequata applicazione della norma. Ostacolo che la procedibilità d'ufficio in caso di distorsione della concorrenza non sembra poter minimamente aggirare, dal momento che l'accertamento in fase di indagine di un nesso di causalità tra un semplice accordo corruttivo e l'evento distorsivo della concorrenzialità del mercato è oggetto di quella che può pacificamente ritenersi una *probatio diabolica*.

Va tuttavia riconosciuta al legislatore l'opportunità della scelta di eliminare l'evento pregiudizievole o nocuo per la società del corrotto quale elemento di fattispecie: non può infatti che accogliersi positivamente la volontà di non considerare più il disvalore della corruzione privata come esclusivamente orientato verso interessi

CONCLUSIONI

interni e privatistici, aprendo così spiragli per la tutela di figure esterne al contesto societario, quali creditori, lavoratori e *stakeholder* in generali, esposte comunque ai rischi insiti all'interno di accordi illeciti e contrari all'etica d'impresa, i cui interessi dovranno essere in ogni caso bilanciati con la procedibilità a querela.

La correttezza della scelta di trasformare quello di cui all'art. 2635 C.c. in un reato di pericolo viene però immediatamente contraddetta dalla persistente assenza di una responsabilità della società di appartenenza del corrotto.

Alla luce di tali osservazioni finali, sembra doversi prendere atto della mancata corrispondenza tra la volontà espressa, sulla carta, dal legislatore di adeguare l'ordinamento italiano agli *standard* europei e quanto poi in concreto dimostrato nei fatti, insinuando così il dubbio che la riforma del 2017 sia stata per lo più un *escamotage* diretto a sottrarsi alla procedura d'infrazione piuttosto che un tentativo di apportare reali novità positive ad una disciplina che ormai ha dimostrato tutte le sue debolezze e lacune.

Le soluzioni all'inefficienza e alla contraddittorietà della norma che possono individuarsi, in astratto, sono essenzialmente due.

La prima, che come emerso nelle prime pagine è stata apprezzata da eminenti autori già in passato, consiste nell'integrale eliminazione del reato *de quo* dall'ordinamento, in quanto fattispecie non soltanto di difficile applicazione bensì inutile. Simile approccio, sicuramente più vicino al punto di vista delle imprese, è tuttavia sconfessato dal consistente numero di interessi meritevoli di tutela che sottostanno alla repressione della corruzione tra privati. Non può infatti negarsi che il potenziale dannoso di questo peculiare reato nei confronti dell'economia, del risparmio e della collettività sia emerso non solo in sedi internazionali e comunitarie, ma anche in seguito alle scandali economici, italiani ed esteri, degli anni recenti, resi spesso possibili dall'esistenza di un sistema di favori e controfavori tra figure private o comunque non completamente riconducibili al diritto amministrativo.

Sul versante opposto, non sembra comunque preferibile l'impostazione che mira ad un'incriminazione indiscriminata di pressoché ogni condotta sleale o contraria ai doveri compiuta dietro un corrispettivo, sulla scia della fattispecie "sorella" di cui al §299 StGB, orientata, come visto nell'ultimo capitolo, verso una rilevante

CONCLUSIONI

anticipazione della punibilità ed un'applicazione il cui spettro si estende ad un vastissimo numero di soggetti e di situazioni.

Certamente, la severità della disciplina tedesca può leggersi tenendo conto di fattori quali la tradizione giuridica e culturale di un ordinamento penale tutt'altro che garantista e di un sistema economico improntato su determinati canoni di etica, benché non sempre osservati.

È tuttavia opportuno ricordare nuovamente quanto la discrezionalità privata, soprattutto in ambito economico, possa presentare tratti affatto differenti da quella pubblica, vincolata tra l'altro ai principi di cui all'art. 97 della Costituzione e pertanto doverosamente "incorruttibile". Nell'attività d'impresa, per natura, possono essere infatti assunte decisioni non fondate sull'etica bensì sull'opportunità o meno di un affare o dirette ad evitare una crisi d'impresa dalle conseguenze potenzialmente più dannose dell'accordo "immorale" stipulato per evitarla. Non può quindi pensarsi un reato di corruzione privata senza tracciare preventivamente un confine tra contratti leciti ancorché moralmente censurabili e patti invece meritevoli di punibilità.

In questo senso, valutazioni *de iure condendo* si orientano verso un'eliminazione della querela quale condizione di procedibilità del reato ma che sia contestuale ad una maggiore determinatezza di altri aspetti normativi quali "gli enti privati" e "gli obblighi di fedeltà", cui dovrà accompagnarsi anche un'irrevocabile decisione in merito al mantenimento delle condotte di offerta e sollecitazione ai fini della consumazione del fatto ovvero ai fini dell'istigazione.

Pare altresì opportuno un riordino integrale di quelle speciali fattispecie penali extracodicistiche che si sommano senza nitidi confini reciproci al reato di cui all'art. 2635 C.c. e intorbidiscono il processo di coordinamento operato dall'interprete.

È pertanto auspicabile un ripensamento in termini unitari della disciplina di reati quali la corruzione dei revisori, il comparaggio o il mercato di voto, così da ricondurle al minimo comun denominatore della corruzione tra privati.

Infine, non può più dubitarsi sull'importanza delle misure di contrasto interne adottate dalle società (o enti privati) stesse, quali l'implementazione dei modelli organizzativi e di gestione, una maggiore efficienza dei controlli sui sottoposti,

CONCLUSIONI

un'efficace sistema di formazione dei dipendenti e l'adozione di codici etici e disciplinari.

Incentivare le persone giuridiche e le altre realtà collettive all'utilizzo di tali strumenti può infatti incidere positivamente sia sulla prevenzione delle corruzioni private commesse al loro interno, sia sull'emersione di quei reati che spesso le società tendono a non denunciare per ragioni che vanno dalla fisiologica diffidenza verso le ingerenze dell'autorità giudiziaria nella loro attività alla vera e propria complicità nel reato. Anche per tali motivi, la responsabilizzazione *ex* d.lgs. 231/2001 della società che si avvantaggia o ripone degli interessi nella corruttibilità del proprio membri sarebbe coerente non soltanto con le disposizioni di diritto sovranazionali, ma con le basilari regole di buon senso.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

Letteratura

ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.

ALDROVANDI P., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in LANZI A., CADOPPI A., (a cura di), *I nuovi reati societari*, CEDAM, Padova, 2007.

ALDROVANDI P., *Corruzione dei revisori*, in LANZI A., CADOPPI A., (a cura di), *I nuovi reati societari*, CEDAM, Padova, 2007.

AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in ROSSI A., (a cura di), *I reati societari*, UTET, Torino, 2005.

ANDREAZZA G., PISTORELLI L., *Rel. N. III/11/2012, par. 3.5., Novità legislative: L. 6 Novembre 2012 n. 190 recante "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 Novembre 2012.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari. Vol. I: Reati ed illeciti amministrativa in materia societaria, finanziaria e bancaria*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2013.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Giuffrè, Milano, 2016.

BASTIA P., *L'autoregolamentazione delle aziende per il fronteggiamento della corruzione tra privati*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.

BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

BARTOLI R., *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?* In *Dir. Pen. Proc*, 1/2017

BELLACOSA M., *La corruzione privata societaria*, in DELVECCHIO A., SEVERINO P., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Milano, 2014.

BRICCHETTI R., *La corruzione tra privati*, in CANZIO G., CERQUA L., LUPARIA L., *Diritto penale delle società*, II ed., CEDAM, Padova, 2014.

BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Spunta la corruzione dei revisori*, in *Guida al diritto*, 4/2006.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, VIII ed., UTET, Milano, 2013.

CRISTIANI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in CANZIO G., CERQUA L., LUPARIA L., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003.

D'ACQUARONE V., ROSSI S., *Corruzione tra privati: nuovi profili di rischio a livello intraorganizzativo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2017.

DANNECKER G., 26. Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb, in KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H. (a cura di), *Strafgesetzbuch, Band 3*, 5. Aufl., Nomos, Baden Baden, 2017.

DE ANGELIS P.; JANNONE A., *Decreto legge Anticorruzione. La corruzione tra privati e la tentazione del "panpenalismo". Cosa cambia nel modello*, in *Resp. Amm. Soc. Enti.*, 4/2012.

DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L., BLANCO CORDERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.

DE LEYSSAC M., *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003.

BIBLIOGRAFIA

DI MARTINO A., *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

DI VIZIO F., *La riforma della corruzione tra privati*, in *Quot. Giur.*, Wolters Kluwer, 3 Aprile 2017.

DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 Aprile 2012.

DOLCINI E., MARINUCCI G., (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2006.

EISELE J., HEINE G., §299, in LENCKNER T., SCHÖNKE H., SCHRÖDER A. (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Beck, München, 2014.

FAIELLA S. *La corruzione tra privati*, in AA. VV. *Diritto penale dell'economia. Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Utet Giuridica, Milano, 2017.

FLICK G.M., *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?* in *Federalismi.it*, 21/2010.

FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, Milano, 1997.

FOFFANI L., *Le infedeltà*, in ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società: d.lgs. 11 aprile 2002*, LXI ed., IPSOA, Milano, 2002.

FOFFANI L., *La corruzione tra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?* In ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.

FORTI G., *La corruzione tra privati nell'orbita della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003.

GREEN S., *What's wrong with bribery*, in DUFF R.A., GREEN S., *Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law*, Oxford, 2005.

GULLO A., *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2003.

- HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968.
- HEINE G., HUBER B., ROSE T., *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg in B., 2003.
- HEUKING C., V. COELLN S., *Die Neuregelung des §299 StGB. Das Geschäftsherrenmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?* in *Betriebs-Berater* 6/2016.
- LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della "corruzione tra privati": dal modello "patrimonialistico" a quello "lealistico"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 Dicembre 2017.
- LASCO G., LORIA V., MORGANTE M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 8 Giugno 2001 n. 231*, Giappichelli, Torino, 2017.
- LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in CATRICALÀ A., GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, UTET, Milano, 2011.
- MACCARI A.L., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in GIUNTA F. (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MARINUCCI G., ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971.
- MARTINI A., *Art. 2635: Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Legisl. Pen.*, 2003.
- MAZZACUVA N., *Gli artt. 2634 e 2635 c.c.; diritto penale 'simbolico' o necessaria 'frammentarietà' dell'intervento punitivo*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003.
- MAZZOTTA G., *Corruzione tra privati*, intervento al convegno *Il contrasto alla corruzione: le prospettive aperte dopo la legge del 6 novembre 2012, n. 190*, Roma, 17 Aprile 2013.

BIBLIOGRAFIA

- MELCHIONDA A., *Art. 2635.*, in *Giur. It.*, 2012.
- MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2000.
- MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, CEDAM, Padova, 2002.
- MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 4-2012.
- MONTANARI M., *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 Luglio 2012.
- MONTANARI M., *Dov'eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 Ottobre 2014.
- MOSCARINI P., *Lotta contro la corruzione*, in DELVECCHIO A., SEVERINO P., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Milano, 2014.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007.
- NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1941.
- PELISSERO M., *I delitti di corruzione*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- ONORATO M., *Nozione di intesa e requisiti del contratto*, in CATRICALÀ A., GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, UTET, Milano, 2011.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 1998.

BIBLIOGRAFIA

- PELISSERO M., *I delitti di corruzione*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PELLICANO R., *I reati societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017.
- PERINI A., *Reati societari (Art. 2641 C.c.)* in EPIDENDIO T., VARRASO G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018.
- PERRONE D., *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008 n. 34*, in *Cass. Pen.*, 2-2009.
- PRAGAL O., §299 StGB: *Keine Straftat gegen den Wettbewerb!*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006.
- RIVERDITI M., *La nozione di profitto nella confisca*, in *Giur. I It.*, 2009.
- RÖNNAU T., *Die Aufnahme des "Geschäftsherrenmodells" in den Tatbestand des §299. Ein Systembruch im deutschen StGB.*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 6/2007.
- ROSSI A., *La circostanza attenuante (Art. 2640)*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, CEDAM, Padova, 2002.
- ROSSI A., *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e persone giuridiche*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2013, n. 1-2.
- ROSSI A., *Il corporate crime: analisi dei tratti qualificanti e strategie di contratto*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2011.
- SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società*, UTET, Torino, 2003.
- SCAROINA E., *Corruzione e responsabilità del gruppo di imprese* in DELVECCHIO A., SEVERINO P., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Milano, 2014.
- SCOLETTA M., *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione*, in MATTARELLA G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

- SEMINARA S., *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993.
- SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le società*, 1/2013.
- SEMINARA S., *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Diritto penale e processo*, a. XXIII, 6-2017.
- SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1/201, 12.
- SOWADA C., §331. *Vorteilsannahme*, in LAUFHÜTTE H.W., RISSING – VAN SAAN R., TIEDEMANN K., (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 13*, 12 Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2008.
- SPENA A., *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico criminali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 4-2007.
- SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 cc.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, a. LVI, 2-2013.
- SULLIVAN R., *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.
- SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi*, Giuffrè, Milano, 1987.
- TAK P., *Il reato di corruzione privata in Olanda*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, X ed., UTET, Milano, 2016.
- TIEDEMANN, K., *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in LAUFHÜTTE H.W., RISSING – VAN SAAN, R., TIEDEMANN K., (a cura di), *Leipziger KommentarStGB*, XII Aufl., De Gruiter Recht, Berlin, 2008.
- TIPPELKIRSCH M., *Schutz des Wettbewerbs vor Korruption. Überlegungen zu Rechtsgut und Auslegung von §299 StGB*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2012.

TRAVERSI A., *Diritto penale dello sport*, Giuffrè Milano, 2001.

VOGEL J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003.

VON HAYEK F. A., *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Il saggiatore, Milano, 2010.

WALTER F., *Das Korruptionsstrafrecht des StGB*, in *Jura*, 7/2010.

ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017.

ZOLI L., *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 cc. Tra vecchia e nuova formulazione della "corruzione tra privati"*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014.

Normativa italiana

D.P.R. 29 Settembre 1973, n. 600.

D.P.R. 27 Giugno 1985, n.350.

D.P.R. 22 Dicembre 1986, n. 917.

Disegno di legge S.2156B, 17 Ottobre 2012.

Disegno di legge C.4434B, 31 Ottobre 2012.

D.lgs. 1 Settembre 1993, n. 385.

D.lgs. 24 Febbraio 1998, n. 58.

D.lgs. 10 Marzo 2000, n. 74.

D.lgs. 8 Giugno 2001, n. 231.

D.lgs. 11 Aprile 2002, n. 61.

D.lgs. 17 Gennaio 2003, n. 6.

D.lgs. 27 Gennaio 2010, n. 39.

D.lgs. 15 Giugno 2015, n. 51.

BIBLIOGRAFIA

Legge 6 Novembre 2012, n. 190.

D.lgs. 29 Ottobre 2016, n. 202.

D.lgs. 15 Marzo 2017, n. 38.

Legge 13 Febbraio 1989, n. 401.

Legge 10 Ottobre 1990, n. 287.

Legge 24 Dicembre 1993, n. 537.

Legge 28 Dicembre 2005, n. 262.

Legge 26 Aprile 2012, n. 44.

Legge delega 3 Ottobre 2001, n. 366.

Legge delega, 25 Febbraio 2008, n. 34.

Legge delega 12 Agosto 2016, n. 170.

R.d. 27 Luglio 1934, n. 1265.

R.d. 16 Marzo 1942, n. 267.

Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario elaborato dalla Commissione Mirone, 24 Luglio 1998 - 15 Febbraio 2000.

Normativa internazionale ed estera

Convenzione penale sulla Corruzione del Consiglio d'Europa, 27 Gennaio 1999.

Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, 27 Gennaio 1999.

GRECO, RC – III (20-23 Marzo 2012). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 54° adunanza plenaria.

GRECO, RC – III (16-20 Giugno 2014). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 64° adunanza plenaria.

GRECO, RC – III (28 nov – 2 dic 2016). *Third evaluation round. Evaluation report on Italy: Incriminations*, adottato nella 74° adunanza plenaria.

BIBLIOGRAFIA

Azione comune 98/733/GAI, 29 Dicembre 1998.

Decisione Quadro 2003/568/GAI, 22 Luglio 2003.

Relazione della Commissione Europea al Consiglio dell'Unione Europea, (COM/2007/0328), 18 Giugno 2007.

Relazione della Commissione Europea al Consiglio dell'Unione Europea e al Parlamento Europeo, (COM/2011/309), 6 Giugno 2011.

Relazione della Commissione Europea al Consiglio dell'Unione Europea e al Parlamento Europeo, (COM/2014/38), 3 Febbraio 2014.

Procedura d'infrazione EU-Pilot n. 8175/15/HOME, 18 Dicembre 2015.

Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, 17 Dicembre 1997.

Convenzione ONU di Merida, 31 Ottobre 2003.

Prevention of Corruption Act, 4 Agosto 1906.

Bribery Act, 8 Aprile 2010.

Gesetz gegen unlauteres Wettbewerb (UWG), RGBl. S. 499, 7 Giugno 1909.

Gesetz gegen unlauteres Wettbewerb (UWG), BGBl I 2004 S. 1414, 7 Luglio 2004.

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, BGBl I 1997 S. 2038, 13 Agosto 1997.

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, BGBl. I 2015 S. 2025, 20 Novembre 2015.

Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), BGBl. I 1987 S. 602, 19 Febbraio 1987.

Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB), BGBl I 1974, S. 469, 2 Marzo 1974.

EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz, 22 Agosto 2002.

Bundestag – Drucksache 548/07, 10 Agosto 2007.

Giurisprudenza italiana

Cass. Pen. SS. UU., 16 Luglio 1987, n. 8342.

Cass. Pen. SS. UU., 28 Ottobre 2010, n. 1235.

- Cass. Pen. SS. UU., 25 Febbraio 2010, n. 15208..
Cass. Pen. Sez. II, 25 Febbraio 2009. n. 24824
Cass. Pen. Sez. VI, 9 Giugno 2009, n. 23776.
Cass. Pen. Sez. V, 20 Giugno 2011, n. 24583.
Cass. Pen. Sez. VI, 26 Aprile 2012, n. 16150.
Cass. Pen. Sez. I, 4 Luglio 2012 n. 25833.
Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, n. 5848.
Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, n. 14766.
Cass. Pen. Sez. V, 13 Novembre 2012, n. 14765.
Cass. Pen. Sez. VI, 6 Febbraio 2013, n. 5901.
Cass. Pen. Sez. VI, 2 Gennaio 2014, n. 1.
Cass. Pen. Sez. VI, 5 Novembre 2014, n. 45847.
Cass. Pen. Sez. VI, 9 Giugno 2015, n. 24535.
Cass. Pen. Sez. VI, 22 Gennaio 2016 n. 3043.
Cass. Pen. VI, 25 Gennaio 2017, n. 3794.
Cass. Pen. Sez. VI, 6 Marzo 2017, n. 10875.
Cass. Civ. Sez. Lav., 1 Febbraio 2008, n. 2474.
Cass. Civ. Sez. Lav., 18 Giugno 2009, n. 14176.
Tribunale di Udine, 6 Giugno 2013, n. 952.

Giurisprudenza tedesca

- BGH, GSSt, 1/00, 22 Marzo 2001.
BGH, GSSt, 2/11, 29 Marzo 2012.
BGH 1 StR 670/51, 13 Maggio 1952.
BGH 1 StR 551/57, 22 Maggio 1958.
BGH 2 StR 91/60, 25 Luglio 1960.
BGH 1 StR 772/82, 31 Maggio 1983.
BGH 5 StR 454/00, 15 Marzo 2001.
BGH 1 StR 372/01, 23 Maggio 2002.
BGH 5 StR 119/05, 2 Dicembre 2005.
BGH 1 StR 50/06, 9 Agosto 2006.
BGH 1 StR 235/14, 29 Aprile 2015.

Sitografia

www.camera.it/parlam/leggi/01366l.htm

www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-3

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-38-IT-F1-1-ANNEX-9.Pdf>

www.ey.com/it/it/newsroom/news-releases/cs-2017-fraud-survey

www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione_illustrativa_86.pdf

www.penalecontemporaneo.it/upload/Indagine231.pdf

www.revisionelegale.mef.gov.it/opencms/export/mef/resources/PDF/DLGS_392010_con_1352016.pdf

www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/282197.pdf

www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

www.tuttocamere.it/files/dirsoc/2002_61_Relazione.pdf

www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf