

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

ISSN 0557-1391

Anno LVI Fasc. 2 - 2013

Alessandro Spena

LA CORRUZIONE PRIVATA E LA RIFORMA DELL'ART. 2635 C.C.

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA CORRUZIONE PRIVATA E LA RIFORMA DELL'ART. 2635 C.C. (*)

SOMMARIO: 1. La tela di Penelope. — 2. (*Segue*) Il nuovo art. 2635 c.c. — 3. L'infedeltà da corruzione e i modelli di incriminazione della corruzione privata. — 4. (*Segue*) Dal modello patrimonialistico ad un modello 'sincretistico'?

*Allora di giorno la gran tela tessevo,
e la sfacevo di notte, con le fiaccole accanto
(Odissea, XIX, 149-150)*

1. *La tela di Penelope.* — L'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di una incriminazione generale e diretta della corruzione privata ha ormai assunto l'andamento della tessitura della tela di Penelope. Sono circa quindici anni che, tra andirivieni politico-legislativi, sembra che stia per giungere il fatidico momento; ed ogni volta, però, la candida aspettativa, l'attesa messianica, viene puntualmente delusa.

Che ciò sia un bene o un male, da un punto di vista politico-criminale, è questione alla quale qui non farò alcun cenno. Già altrove ho avuto modo di sollevare alcune perplessità circa l'opportunità di introdurre una tale fattispecie (1). Rimane tuttavia il nudo fatto che l'Italia è destinataria di una serie di inviti — talora veri e propri obblighi — inter- e sovranazionali d'incriminazione in materia di corruzione privata che più volte il nostro Paese si è messo sul punto di adempiere, e che però alla fine, a tutt'oggi, continua a lasciare inadempiti.

(*) Testo della relazione presentata al Convegno su "Prevenzione e repressione della corruzione (Legge 6 novembre 2012, n. 190)", svoltosi a Firenze il 12 aprile 2013. In corso di pubblicazione nel volume di raccolta degli atti del Convegno.

(1) A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 805-42. Per valutazioni politico-criminali di segno parzialmente diverso, v. di recente F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 164 s., 168 s.; F. CONSULICH, *La corruzione, il comparaggio e la conciliazione degli opposti: quando l'ipercriminalizzazione teorica diventa ipocriminalizzazione pratica*, in questa *Rivista*, 2012, 1638-9.

In tre occasioni, almeno, dall'inizio del millennio, è parso che l'ora stesse scoccando.

Dapprima, nel biennio 2000-2002, che dal cosiddetto Progetto Mirona porta (in una sorta di *continuum* ideale) alla riforma dei reati societari (d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61), quando — sulla scorta dell'Azione comune 98/742/GAI (2) — l'idea di una fattispecie generale repressiva della corruzione privata si affacciò per la prima volta nel dibattito politico-criminale nostrano (3); partorendo però in quell'occasione (secondo una parabola discendente che diverrà emblematica del modo italiano di recepire e concepire questa incriminazione) il topolino della "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" di cui all'art. 2635 c.c., che, come ancora vedremo, incrimina non tanto direttamente la corruzione privata, quanto piuttosto le conseguenze di questa, quando abbiano carattere nocivo per il patrimonio della società cui fa capo il corrotto.

Nel frattempo, però, le fila delle sollecitazioni inter- e sovranazionali a reprimere la corruzione privata si andavano inesorabilmente ingrossando, e all'Azione comune del 1998 si andavano aggiungendo alla spicciolata la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (Strasburgo, 1999) (4), la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (Merida,

(2) Adottata dal Consiglio europeo il 22 dicembre 1998 (Gu, L 358 del 31.12.1998, 2).

(3) Anche in dottrina, ancora alla fine del secolo scorso, il tema della corruzione privata non aveva certo assunto il rango di argomento *mainstream* che è venuto assumendo, invece, nell'ultimo quindicennio. Qualche spunto sparso si trova solo nel contributo di qualche autore ardito e illuminato, come: G. MARINUCCI, M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in questa *Rivista*, 1971, 707; S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in questa *Rivista*, 1993, 990; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997.

(4) *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 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".

2003) (5), nonché la Decisione quadro dell'Unione Europea 2003/568/GAI in materia di lotta alla corruzione nel settore privato (6).

Sull'onda di queste sollecitazioni, il momento sembrò davvero giunto quando la legge comunitaria 2007 (l. 25 febbraio 2008, n. 34) delegò il governo ad adottare, entro un anno, i decreti legislativi necessari a dare attuazione, nel nostro Paese, alla Decisione quadro del 2003 (7); e in particolare, ad introdurre “nel libro II, titolo VIII, capo II, del codice penale” — ossia, tra i delitti contro l'industria e il commercio — fattispecie criminose che punissero, con la reclusione da uno a cinque anni, condotte di corruzione privata attiva e passiva (8). A guardarla con occhio smaliato, in realtà, era chiaro già allora che si trattava di una delega nata morta: quando la legge entrava in vigore, il governo in carica (Prodi II) era già stato sfiduciato da circa un mese; e il governo che gli succedette (Berlusconi IV), ovviamente, si guardò bene dal darle esecuzione.

L'inettitudine del legislatore italiano, il suo cucire e scucire la tela della corruzione privata, è perciò finito sotto la lente occhiuta degli osservatori internazionali: tra i quali spicca, particolarmente sollecito e insistente, il *Gruppo di Stati contro la corruzione* (GRECO), che ha ripetutamente ribadito che l'esistenza dell'art. 2635 c.c. non adempiva affatto l'obbligo

(5) *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”.

(6) Adottata dal Consiglio europeo il 22 luglio 2003 (GU, L 192 del 31.7.2003, 54).

(7) Cfr. D. PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. pen.*, 2009, 769-80.

(8) Ossia: tanto la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente offrì o prometteva, direttamente o tramite un intermediario, (*corruzione privata attiva*) quanto quella, speculare, di chi sollecitasse o ricevesse, “per sé o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario un indebito vantaggio di qualsiasi natura”, oppure ne accettasse la promessa (*corruzione privata passiva*), “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” (art. 29, primo comma, lett. a).

imposto tra l'altro della Convenzione CdE del 1999 di introdurre norme penali direttamente incriminatrici dei fatti di corruzione privata (9).

Proprio l'insistenza e l'autorevolezza di queste osservazioni spiegano perché il tema della corruzione privata abbia trovato spazio nel travagliato iter che porterà infine alla emanazione di una legge, la 6 novembre 2012, n. 190, ufficialmente intitolata in realtà alla "prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità *nella Pubblica amministrazione*" (e quindi della corruzione *pubblica*, non di quella *privata*). Uno degli obiettivi più manifesti della parte penalistica della riforma è infatti quello di adeguare la disciplina italiana della corruzione alle sollecitazioni provenienti da fonte inter- e sovranazionale (10). È questo chiaramente lo spirito con cui, ad es., sono stati introdotti l'art. 319-*quater* (che cerca di sciogliere uno dei nodi segnalati in quel rapporto, ossia l'uso della fattispecie di concussione come *defence* a beneficio del corruttore) (11) e l'art. 346-*bis* c.p. (che incrimina i delitti di traffico di influenze attivo e passivo) (12).

Ma, soprattutto, per quel che qui interessa, è questo lo spirito con cui si è proceduto alla riscrittura dell'art. 2635 c.c. Il quale, come vedremo più in dettaglio tra breve, nella sua rinnovata configurazione riprende, in maniera talora pedissequa, alcune delle osservazioni critiche formulate (oltre che dalla dottrina italiana, anche) dagli osservatori internazionali, tra i quali, appunto, il GRECO. Ciò nondimeno, la riforma 2012 non imprime al sistema il cambio di paradigma dai più auspicato; essa, per così dire, guarda il dito degli osservatori internazionali, e non vede (o finge di non vedere) la luna, che questi indicano: corregge alcuni dei difetti che affliggevano la vecchia formulazione, e in tal modo ne rende il contenuto normativo più accettabile, sia da un punto di vista tecnico che da un punto di vista politico-criminale; ma non altera la struttura fondamentale delle fattispecie incriminate, nelle quali la corruzione privata continua, ancora oggi, a non entrare dalla porta principale (quale condotta illecita direttamente incriminata), ma solo dalla porta di servizio (ossia, quale prodromo

(9) Da ultimo, v. *l'Evaluation Report on Italy. Incriminations (Ets 175 AND 191, Gpc 2) - Third Evaluation Round*, Strasburgo, 20-23 marzo 2012, § 110.

(10) Cfr., per tutti, E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, 252 s.; P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 7.

(11) Ad es. S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 384 s.; A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p. Una via intermedia tra concussione e corruzione?*, in *Dir. pen. cont.* (28 marzo 2013).

(12) V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 419.

di quella che, in definitiva, continua ad essere nient'altro che una forma speciale di infedeltà) (13).

2. (Segue) *Il nuovo art. 2635 c.c.* — Una illustrazione, pur solo cursoria (14), delle novità introdotte con l. 190/2012 varrà a rendere evidente questa circostanza.

2.1. Nella versione risalente al 2002, l'art. 2635 c.c. (rubricato, come s'è già ricordato: "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità") puniva con la reclusione sino a tre anni, e a querela della persona offesa (ossia, della società danneggiata), "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 nocimento alla società". (Era inoltre disposto, al secondo comma, che la stessa pena si applicasse a chi dava o prometteva l'utilità.).

Nel valutare questa disposizione in rapporto al contenuto degli obblighi di incriminazione derivanti dalla Convenzione di Strasburgo, il GRECO aveva segnalato, ancora nel marzo 2012 (§ 110): una insufficiente estensione dei soggetti attivi (15); la mancanza di una espressa menzione dell'ipotesi di utilità ricevuta, o accettata in promessa, "per altri" (16); la

(13) E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, 245; G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.* (20 novembre 2012), 19; A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (« Corruzione fra privati »)*, in *Giur. it.*, 2012, 2698 ss.; V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia* (dattiloscritto), 9 ss.

(14) Per una analisi più dettagliata, v. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.* (20 novembre 2012); A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (Corruzione fra privati)*, in *Giur. it.*, 2012, 2698 ss.; V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia* (dattiloscritto); R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 435-50.

(15) « 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 ».

(16) « Secondly, as regards the beneficiaries of the bribe, nothing is said in Article 2635 of the Civil Code as to third parties ». Obiezione, questa, decisamente formalistica e

descrizione delle condotte corruttive in termini bilaterali (“dazione o promessa”, da parte del corruttore, corrispondenti alla “ricezione o accettazione della promessa”, da parte del corrotto), con esclusione, dunque, della semplice offerta o sollecitazione non seguite dalla stipula del patto (17); la mancata espressa tipizzazione della corruzione commessa tramite intermediari (18); la struttura di *reati di evento di danno* dei fatti incriminati, per la cui consumazione era richiesto che, a seguito della corruzione e della relativa esecuzione, si producesse un “nocumento per la società” (19); la procedibilità condizionata alla querela della persona offesa (20).

Alcuni di questi problemi erano già stati rilevati, per vero, dalla dottrina italiana, il cui *cahier de doléances* includeva anche una sostanziale irrazionalità del trattamento sanzionatorio predisposto dall’art. 2635, se considerato in rapporto con la pena comminata dall’art. 2634 (ci tornerò più diffusamente tra breve: § 3.2), come anche l’evidente irragionevolezza di escludere il delitto di cui all’art. 2635, almeno nella sua forma attiva (vecchio secondo comma: “chi dà o promette l’utilità”), dal novero di quelli

cavillosa, poiché l’art. 2635, in realtà, si riferiva genericamente al caso in cui il corrotto avesse accettato, in dazione o in promessa, un’utilità indebita, senza implicare in alcun modo che tale accettazione dovesse avvenire “per sé”, e senza dunque escludere dall’ambito della punibilità il caso del ‘corrotto altruista’ (che, cioè, accettasse “per altri” la dazione o la promessa dell’utilità).

(17) « Thirdly, with particular reference to the material acts of which bribery consists, the offering of a bribe and the request of a bribe are not explicitly covered ». Obiezione, questa volta, irricevibile, poiché imperniata su una equiparazione di corruzione tentata (offerta rifiutata; sollecitazione non raccolta) e corruzione consumata (offerta accettata; sollecitazione raccolta), che è del tutto estranea alla nostra tradizione: non solo a quella di parte generale, che, come noto, in un’ottica tendenzialmente oggettivistica, dispone che il delitto tentato sia punito meno gravemente del corrispondente consumato (art. 56, secondo comma, c.p.), ma anche a quella specificamente riguardante la disciplina della corruzione, dove ad es., in materia di corruzione pubblica, offerta e sollecitazione non ricambiate sono bensì incriminate, ma come tentativi eccettuati e con forbici edittali ridotte, sotto forma di “istigazioni alla corruzione” (art. 322 c.p.). Per una analisi più dettagliata di queste tematiche, rinvio chi lo volesse ad A. SPENA, *Il « turpe mercato »*. *Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 35 ss., Cap. I — Sez. II, Cap. II — Sez. I, e (in prospettiva *de iure condendo*) 565 ss.

(18) « Fourthly, there is no explicit reference as to the indirect commission of the offence, e.g. through intermediaries ». In alcuni casi, però, la condotta degli intermediari in una vicenda corruttiva sarà senz’altro punibile attraverso le norme sul concorso di persone (artt. 110 ss. c.p.) o, ricorrendone le condizioni, sotto forma di associazione per delinquere: A. SPENA, *Il « turpe mercato »*. *Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 47-8.

(19) « Fifthly, under Italian law damage to the legal person needs to concur, which is not required by the Convention ».

(20) « Finally, the offence is not punishable ex officio, but requires a complaint from the victim ».

dai quali può discendere una responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

2.2. La riforma 2012 integra e modifica i contenuti dell'articolo (21) cercando, tra l'altro, di porre rimedio ad alcune di queste incongruenze:

a) ritocca il novero dei soggetti attivi: per un verso, mediante l'esclusione dei responsabili della revisione e il contestuale inserimento dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari; per altro verso, mediante introduzione, al secondo comma, di una nuova, meno grave, fattispecie di reato (punita con la reclusione fino a un anno e sei mesi), che si applica "se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma" (22);

b) delimita l'ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici ponendo ad apertura del primo comma una clausola di consunzione ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato"), della quale, per la verità, non è facile capire l'effettiva portata (23);

c) quanto poi alla condotta illecita: c1) specifica che l'utilità cor-

(21) Che oggi è così formulato: "Art. 2635 (*Corruzione privata*) — 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 della 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 nocumento 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 o 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'art. 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

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

(22) Ritocchi, questi, che, in realtà, non consentono di superare le obiezioni degli osservatori del GRECO, che alludono invece ad una incriminazione generalizzata dei fatti di corruzione commessi nel settore privato, anche al di fuori dell'ambito strettamente societario (« other types of relationships such as partners, lawyers and clients and others in which there is no contract of employment »). Né consentono di adeguare la fattispecie, almeno sotto il profilo dei soggetti attivi, alla Decisione quadro 2003/568/GAI, la quale richiede l'incriminazione della corruzione che riguardi lo svolgimento di qualsiasi attività professionale svolta "nell'ambito di entità [*privatistiche*] a scopo di lucro e senza scopo di lucro" (art. 2.2).

(23) Per una possibile spiegazione, cfr. A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.* (« *Corruzione fra privati* »), in *Giur. it.*, 2012, 2701 (si tratterebbe « di una scelta legislativa volta ad impedire il possibile concorso reale con le fattispecie di "corruzione" di pubblici funzionari »). Diversamente A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont.* (25 marzo 2013), 20, che la ritiene « del tutto superflua ».

ruttiva può anche consistere in denaro, oltre che in qualsiasi altra utilità (ma vien da chiedersi chi mai, in precedenza, abbia potuto dubitarne!); *c2*) inserisce l'espressa menzione della rilevanza penale anche delle 'mazzette' ricevute "per altri"; *c3*) stabilisce che, tra gli atti oggetto della compravendita corruttiva rilevante (e dai quali deve derivare il "nocumento per la società"), rientrano anche quelli commessi dall'agente "in violazione [...] degli obblighi di fedeltà";

d) innalza il minimo edittale ad un anno di reclusione (rendendolo, così, più elevato rispetto al minimo edittale previsto per i reati di cui all'art. 2634 c.c.);

e) stabilisce una deroga al principio della procedibilità a querela della società danneggiata, disponendo che si proceda invece d'ufficio nel caso in cui "dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi";

f) inserisce le ipotesi di cui al terzo comma (- i *due* delitti di "corruzione attiva" dei soggetti apicali e di "corruzione attiva" dei sottoposti -) tra i reati-presupposto dalla cui commissione può discendere una responsabilità da reato dell'ente (art. 25-ter, comma 1, lett. *s-bis* [introdotta, appunto, con l. 190/2012], d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

2.3. Si tratta, in sintesi, di novità che possono essere classificate secondo tre livelli di rilevanza (24). Alcune sono assai importanti e pregevoli, poiché risolvono problemi tecnici o politico-criminali che presentava il vecchio testo dell'articolo: mi riferisco in particolare alle novità *sub d* (innalzamento del minimo edittale) ed *f* (responsabilità degli enti). Altre sono comunque rilevanti, poiché introducono elementi almeno potenzialmente carichi di implicazioni significative: penso, essenzialmente, alle novità *sub a* (modificazione dell'ambito dei soggetti attivi), *c3* (violazione degli obblighi di fedeltà) ed *e* (deroga al principio della procedibilità a querela). Altre infine si risolvono (o rischiano di risolversi) in una semplice opera di maquillage del testo, o perché si limitano ad esplicitarne aspetti già pacificamente impliciti in esso (*sub c1* [denaro] e *c2* ["per sé o per altri"]) oppure perché introducono elementi dei quali non è chiaro il valore (*sub b* [clausola di consunzione]).

Nessuna delle novità introdotte, tuttavia, scalfisce la struttura fondamentale del vecchio art. 2635: neanche nella nuova versione l'articolo contiene una incriminazione *diretta* della corruzione privata *come tale*, poiché, a differenza di una vera e propria corruzione, la cui struttura si

(24) Per una classificazione parzialmente diversa, v. R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 439 ss.

risolve interamente nella stipulazione di un patto corruttivo (25), i reati incriminati nel nuovo art. 2635 c.c. continuano a ruotare su una doppia causalità (26), che dal patto corruttivo porta alla produzione di un documento per la società (e/o di una distorsione della concorrenza: v. *infra*, §§ 4.2-4.2.2.1), passando attraverso il compimento della condotta oggetto di corruzione, secondo un modello che ricorda, nelle movenze, quello di altri delitti contro il patrimonio, quali l'estorsione (art. 629 c.p.) e la truffa (art. 640 c.p.).

In questo contesto, appare tutt'altro che apprezzabile (27) l'ultima e più evidente novità introdotta dal legislatore del 2012, ossia il cambio impresso alla rubrica dell'articolo: "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" era, se non altro, espressione veritiera, che sintetizzava in maniera limpida (solo un po' troppo pudica, forse) il contenuto dell'incriminazione; parlare oggi di "corruzione fra privati", come fa la nuova rubrica, sa tanto di una maldestra e velleitaria truffa delle etichette.

2.4. A quest'ultimo proposito è, però, necessaria una precisazione. È senz'altro vero, come s'è visto, che l'art. 2635 - pre- e post-2012 - non contiene una incriminazione *diretta* della corruzione privata *in quanto tale*. Da ciò tuttavia non consegue, come la dottrina sembra dare invece per scontato, che dall'esistenza di quell'articolo non derivi comunque, sia pur per vie traverse, una punibilità (inadeguata quanto si vuole, e dal punto di vista simbolico e dal punto di vista della risposta sanzionatoria) dei fatti di corruzione privata *in quanto tali*, che avvengano in un contesto societario.

È infatti evidente che, nella articolata struttura delle fattispecie di infedeltà da corruzione, già la stipula di un patto corruttivo, che abbia i contenuti indicati nell'art. 2635, può rappresentare essa stessa un atto (o, se si vuole, l'esito di un complesso di atti) idoneo e univocamente diretto alla commissione del *delitto*: come tale, già punibile — a prescindere dal compimento dell'atto compravenduto e dal conseguente prodursi di un documento per la società — in forza del combinato disposto degli artt. 56 c.p. e 2635 c.c. (28) Nulla manca, in definitiva, alla corruzione privata *quae talis*, che presenti gli estremi di un inizio di esecuzione del delitto di cui

(25) Cfr. A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 809-13.

(26) Cfr. ad es. R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 439.

(27) Di diverso avviso, tuttavia, A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (« Corruzione fra privati »)*, in *Giur. it.*, 2012, 2699.

(28) Ed inoltre, già suscettibile di fare scattare — ai sensi del combinato disposto degli artt. 25-ter, lett. s-bis, e 26, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 — una corrispondente responsabilità da reato della società cui faccia capo il corruttore.

all'art. 2635 (29), per costituire un tentativo — *punibile* — di infedeltà da corruzione.

Non è dunque del tutto vero che nel nostro ordinamento non sia incriminata la corruzione privata in quanto tale. (È vero semmai che essa non è *direttamente* incriminata in una fattispecie che la prenda appositamente ad oggetto, ma lo è piuttosto, per via indiretta e accidentale, attraverso la generale applicabilità dell'art. 56 c.p.) Il che, in linea di principio, varrebbe a stemperare la gravità dell'inadempimento da parte italiana degli obblighi inter- e sovranazionali di incriminazione che su di essa gravano ... se non fosse per il regime di procedibilità a querela (vero *vulnus* della disciplina italiana in materia), che rimetteva (ed in parte continua ancora oggi a rimettere) nelle mani della società-vittima la decisione circa la concreta perseguibilità delle infedeltà da corruzione. Assai spesso, infatti, le società non hanno alcun interesse a che le infedeltà dei propri 'agenti' siano perseguite penalmente (con tutto il clamore mediatico, la 'cattiva pubblicità', che ciò può comportare per esse), e preferiscono invece battere la via civilistica (che porta a risultati più appetibili, come licenziamento per giusta causa e risarcimento del danno). Il che spiega la sostanziale ineffettività del sistema (già ampiamente vaticinata dai primi commentatori della riforma 2002), se è vero che ad oggi si contano solo pochissime, sparute, pronunce giurisprudenziali, per lo più relative, e non a caso, proprio al tema della titolarità (in capo alla società come tale, od anche in capo ai singoli soci) del diritto di proporre querela.

3. *L'infedeltà da corruzione e i modelli di incriminazione della corruzione privata.* — Il senso immediato della riforma 2012 dell'art. 2635 sembra dunque risolversi, a tutta prima, in un'opera di ripulitura dell'articolo: in un intervento di artigianato politico-criminale, dietro al quale sembra non soffiare il grande respiro del cambio di filosofia. Se però si gratta sotto la prima impressione, ci si accorge che qualcosa di più profondo è stato smosso. Sia chiaro, nulla che, anche in modo meramente allusivo, porti verso una effettiva diretta criminalizzazione della corruzione privata; e tuttavia, il modello di incriminazione oggi sotteso all'art. 2635 sembra, in qualche modo, non esser più integralmente sovrapponibile a quello di ieri.

3.1. Esistono, come noto, almeno tre modi di concepire l'offensività dei fatti di corruzione privata (e dunque, di riflesso, dei fatti di infedeltà da

(29) E che dunque veda coinvolto uno dei soggetti ai quali si riferisce l'articolo, che abbia per oggetto il compimento o l'omissione di "atti, in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà", e che sia retta, naturalmente, dalla forma di dolo all'uopo prescritta.

corruzione privata (30)): tre modelli (che si assumono) capaci di spiegare la (ritenuta) offensività di questi fatti, e pertanto di giustificare una loro incriminazione (31).

Nel *modello patrimonialistico*, corruzione privata e infedeltà da corruzione sono prese in considerazione in vista di una *tutela del patrimonio del 'principale'* (del soggetto, cioè, cui il corrotto è legato, in qualità di 'agente', da 'rapporto di agenzia' (32)). È, questo, un modello interamente imperniato su un approccio privatistico alla materia: che, cioè, imposta l'offensività di una corruzione privata su indici la cui sola chiave di lettura è interna al rapporto di agenzia staticamente inteso. La corruzione privata, insomma, quale compravendita di atti contrari al miglior bilanciamento degli interessi patrimoniali del principale; l'infedeltà da corruzione quale esecuzione, dannosa o pericolosa, dell'atto antidoveroso compravenduto.

Nell'ottica del *modello lealistico-fiduciario*, invece, il contenuto di

(30) Pur non coincidendo con essa, infatti, la logica sottesa all'incriminazione delle infedeltà da corruzione deve nondimeno ricercarsi nella scia di quella sottesa ad una diretta incriminazione della corruzione privata. Le due vicende, infatti, si pongono lungo una stessa linea di progressione offensiva: le infedeltà di cui all'art. 2635 costituiscono incriminazione della esecuzione di una corruzione privata; quelle prendono in considerazione ciò è effettivamente accaduto a sviluppo di questa: incriminano soltanto l'effettiva realizzazione *ex post* di ciò che *ex ante*, al momento della stipula del patto corruttivo, era solo prevedibile; incriminano la commissione di una condotta dannosa che costituisce concretizzazione di un rischio illecito specificamente creato con la stipula del patto corruttivo. Si può ben dire, insomma, che l'art. 2635 rappresenta una 'posticipazione' dell'intervento penale rispetto ad una diretta incriminazione della corruzione privata, ponendosi dunque quale approfondimento della stessa carica offensiva già potenzialmente contenuta nella corruzione privata che le fa da prodromo.

(31) Sul punto, più diffusamente: B. HUBER, *Introduzione*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 39; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, I. BLANCO CORSERO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, ivi, 57 ss.; A. NIETO MARTÍN, *La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, ivi, 113 ss.; S. SEMINARA, ivi, 272 ss.; V. MILITELLO, *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, ivi, 362; L. FOFFANI, *La "corruzione tra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, ivi, 382; G. HEINE, *Comparative Analysis*, in Id., B. HUBER, T.O. ROSE (eds.), *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Freiburg i. Br., 2003, 612-17; J. VOGEL, *Wirtschaftskorruption und Strafrecht — Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht*, in *Festschrift für Ulrich Weber*, Bielefeld, 2004, 395 ss.

Questo paragrafo (3.1) sintetizza argomenti che avevo più diffusamente sviluppato in A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 815-39.

(32) Per una possibile illustrazione della funzione del cosiddetto 'rapporto di agenzia' nella ricostruzione della struttura dei fatti di corruzione (anche privata), rinvio chi lo volesse ad A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 810 s.

disvalore di una corruzione privata, e della conseguente infedeltà, dovrebbe rinvenirsi ne « la violazione, o l'induzione a violare, il dovere di buona fede e lealtà che un agente deve al proprio principale » (*Law Commission for England and Wales*, Report no. 246, § 5.4): in un tradimento della fiducia riposta dal principale nell'agente (o, comunque, della fiducia che il primo deve legittimamente poter riporre nel secondo), in una violazione del dovere di fedeltà che lega quest'ultimo al primo. Accettando una tangente per agire nell'interesse del corruttore, l'agente corrotto "passerebbe dall'altra parte", tra le fila del (corruttore-)nemico; pretermetterebbe la ricerca del miglior interesse del principale, per cedere alla tentazione rappresentata dall'utilità indebita. La corruzione privata e la conseguente infedeltà, dunque, quali atti di slealtà, la cui proiezione offensiva peculiare risiederebbe in una alterazione dei processi decisionali che vedano coinvolto l'agente corrotto.

Il *modello della concorrenza* ricava, infine, il contenuto di disvalore di una corruzione privata e della relativa esecuzione dai possibili loro effetti sulla concorrenza e sulle dinamiche del libero mercato. Nel che la concorrenza può venire in rilievo ora in una *prospettiva micro-economica*, in quanto funzionale alla salvaguardia di interessi ulteriori facenti capo ad individui o a collettività di individui (ossia: la libertà di iniziativa economica degli imprenditori in concorrenza tra loro e la libertà di scelta dei consumatori); ora in una *prospettiva macro-economica*, e dunque in quanto bene finale; dove ad essere tutelato non è il beneficio che gli imprenditori o i consumatori ricavano dalla concorrenzialità di un certo settore di mercato, ma piuttosto l'interesse generale alla concorrenzialità del mercato in quanto tale, quale condizione di efficienza del mercato stesso e di crescita dell'economia nazionale e comunitaria.

3.2. La teleologia dell'art. 2635 c.c., nella versione 2002, si poneva abbastanza chiaramente nella scia del primo di questi modelli di incriminazione, ossia il modello patrimonialistico (33). Sin dalla riforma del 2002, le fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. fanno infatti *pendant* con quelle di *infedeltà patrimoniale*, di cui all'art. 2634; i due articoli sono concepiti,

(33) Questa è un assunto che si basa su una interpretazione dell'espressione "nocuo" — che costituisce l'evento da cui dipende l'esistenza del reato — nei termini di un 'danno patrimoniale'. Questa lettura, senz'altro dominante in dottrina (ad es.: V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 704 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, 9; V. NAPOLEONI, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 283 s.; L. FOFFANI, *La "corruzione fra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata*, ivi, 388), è tuttavia contrastata da chi propende per una ricostruzione più ampia, e non meramente patrimoniale, di quell'espressione: v. ad es. L.D. CERQUA, *La corruzione tra privati*, in C. PIERGALLINI (cur.), *La riforma dei reati societari*, Milano, 2004, 150-2.

all'interno del sistema dei reati societari, come una sorta di 'micro-sistema' al quale è affidata la repressione delle condotte infedeli nella gestione del patrimonio societario.

È pur vero, peraltro, che il rapporto tra corruzione privata e infedeltà patrimoniale potrebbe astrattamente venire impostato secondo due modi assai diversi (34).

In una prima direzione, quel rapporto si presenterebbe sotto forma di *anticipazione della tutela penale del patrimonio societario*. È questa la direzione che imboccherebbe un sistema che, in vista di una tutela patrimoniale, punisse la corruzione privata *qua talis*, ossia il patto corruttivo che veda l'agente corrotto impegnarsi a compiere atti contrari ai propri doveri posizionali in cambio di utilità (35). Le due fattispecie (corruzione e infedeltà) si collocherebbero qui, l'una rispetto all'altra, lungo una progressione offensiva che dal pericolo astratto (incarnato, appunto, nella fattispecie corruttiva: ogni corruzione si porta appresso il pericolo che l'atto, oggetto di corruzione, venga compiuto, e, trattandosi di atto contrario ai doveri, questo genera a sua volta un pericolo per gli interessi del principale) porta al danno concreto (incarnato invece nella infedeltà patrimoniale, che consiste appunto nel compimento dell'atto 'infedele', al quale consegue un nocumento a carico della società). (Un rapporto di questo genere, peraltro, dovrebbe trovare espressione in una corrispondente progressione di gravità delle pene rispettivamente comminate per l'una e per

(34) Sviluppo qui una distinzione assai ben illustrata, in termini più generali, da Padovani in T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, 106 ss.

(35) Per la prefigurazione di questo modello (nel contesto, peraltro, di un più ampio ragionamento nel quale la prospettiva di incriminare la corruzione tra privati è trattata con una certa cautela politico-criminale), S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in questa *Rivista*, 1993, 990-2: « si potrebbe [...] pensare all'opportunità di introdurre anche nel nostro ordinamento una fattispecie di infedeltà patrimoniale: tuttavia, solo che si guardi alle sue prospettazioni nelle diverse legislazioni europee, essa richiederebbe comunque la dimostrazione del danno (o della dolosa esposizione a pericolo) nei confronti del patrimonio del soggetto passivo. Donde la sua inadeguatezza ad evitare i pregiudizi economici conseguenti alla corruzione, essendo il più delle volte impossibile stabilire se la condotta tenuta dal soggetto "corrotto" sia produttiva di un reale nocumento patrimoniale della società alla luce dei risparmi di spesa altrimenti realizzabili. / Emerge così il motivo per cui, accanto ad una norma sull'infedeltà patrimoniale, potrebbe collocarsene un'altra fondata sull'accettazione di indebite utilità per il compimento di atti conformi o contrari ai doveri dell'ufficio; tale anticipazione della soglia di punibilità, ovviamente intesa a reprimere il pericolo di pregiudizi economici per la società, dovrebbe però prescindere da qualsiasi connotazione lesiva, legandosi esclusivamente alla trasgressione di un parametro comportamentale: in altre parole, si tratterebbe di una norma di "infedeltà personale" ».

Lungo la stessa linea d'onda, sempre in prospettiva *de iure condendo*, Luigi Foffani parla della corruzione tra privati quale "*fattispecie avamposto*" rispetto a quella di infedeltà patrimoniale: L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, Giuffrè, 1997, 584.

l'altra fattispecie: la corruzione privata dovrebbe essere punita meno gravemente della infedeltà patrimoniale, poiché, appunto, rappresenterebbe, rispetto al bene finale oggetto di tutela (il patrimonio del principale), uno stadio di offesa ancora meramente potenziale, e quindi più lontano e meno consistente.)

Sennonché, s'è detto che l'art. 2635 c.c., già nella sua versione 2002, non incriminava affatto direttamente la corruzione privata in quanto tale, ma piuttosto l'effettivo compimento degli atti infedeli che avessero costituito oggetto della previa corruzione, e a patto che da questi derivasse un nocumento per (il patrimonio de) la società. La direzione lungo la quale si sviluppava il suo rapporto con l'art. 2634 c.c., non era pertanto quella della anticipazione, ma piuttosto quella della *specializzazione della tutela*. Nell'art. 2635 non si punivano (né, peraltro, si puniscono) fatti che rappresentassero uno stadio anticipato (pericolo, astratto o concreto che fosse) di aggressione rispetto a quello rappresentato dai fatti puniti all'art. 2634 (36). Entrambi gli articoli vertevano (e — salvo quanto si dirà *infra*, §§ 4.2 ss. — continuano a vertere) invece su fatti concepiti secondo la medesima struttura fondamentale: quella, cioè, dell'infedeltà dell'agente (del compimento, da parte sua, di atti contrari ai suoi doveri posizionali) che sfociasse in un pregiudizio effettivo a carico degli interessi patrimoniali del principale (ossia, della società).

I rapporti tra le due fattispecie si ponevano dunque, in larga parte, in termini di specialità (37). In questa prospettiva, l'esistenza delle incriminazioni di cui all'art. 2635 non poteva avere altro senso che quello, appunto, di specializzare una tutela già assicurata, in prima battuta, dall'art. 2634. A quest'ultimo era rimessa, in linea di massima, l'opera di *selezione primaria* delle infedeltà rilevanti; l'art. 2635 interveniva invece in funzione di *selezione secondaria* (38), ad estrapolare, dal novero dei fatti per lo più già rilevanti ai sensi dell'art. 2634, quelli che trovassero la propria causa originaria, il proprio presupposto, in una corruzione privata, per assoggettarli ad un diverso trattamento giuridico-penale.

(36) Come ancora accadeva nella fattispecie della infedeltà da corruzione prevista nel cosiddetto *Progetto Mirone*, il quale strutturava la fattispecie più o meno come quella poi venuta fuori nel 2002, salvo che, invece dell'effettivo nocumento per la società, era richiesto piuttosto che al compimento dell'atto infedele conseguisse un "pericolo di nocumento per la società". Cfr., V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 919 ss.; Id., *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 705-6; L. FOFFANI, *La "corruzione fra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 377-81.

(37) Cfr. ancora V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 706.

(38) Sulla distinzione tra "fattispecie a selettività primaria" e "fattispecie a selettività secondaria", seguì ancora una volta Padovani in T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, 106.

Diverso trattamento che, a sua volta, non trovava altra giustificazione razionale che in una (ritenuta) maggiore gravità della infedeltà da corruzione (39): derivante, a seconda dei punti di vista, o dalla natura particolarmente riprovevole del “conflitto di interessi” generato da una corruzione, e che faceva da presupposto al comportamento infedele, oppure, secondo una lettura meno moralistica, dal fatto che « la corruzione, in quanto frutto di un accordo illecito che crea reciprocità di interessi, determina un “clima” favorevole ad ulteriori offese ai beni in gioco, e dunque risulta più grave ad una valutazione di complessiva pericolosità del fatto commesso » (40).

Senonché, con questa logica aggravante non si accordava il rapporto tra le sanzioni rispettivamente comminate dagli artt. 2634 e 2635: le due incriminazioni prevedevano lo stesso massimo edittale (tre anni di reclusione), ma la fattispecie teoricamente meno grave (l’infedeltà patrimoniale ‘semplice’ di cui all’art. 2634) era punibile con un minimo edittale più elevato (sei mesi) rispetto all’altra, teoricamente più grave (punita invece con un minimo edittale di quindici giorni di reclusione) (41).

3.2.1. A quest’ultima incongruenza pone rimedio la già ricordata modifica della forbice edittale comminata nel primo comma dell’art. 2635, che risulta oggi incrementata, nel minimo, ad un anno di reclusione (a fronte della precedente che invece, come detto, si attestava di default sui quindici giorni risultanti dall’implicito richiamo dell’art. 23 c.p.). Non si tratta, come pure è stato sostenuto, di una modifica « poco più che cosmetica » (42), poiché essa serve invece a restituire coerenza alla scelta politico-criminale che sorregge il rapporto tra gli artt. 2634 e 2635. Il nuovo minimo edittale di cui al primo comma dell’art. 2635, più elevato di quello — rimasto invece immutato (sei mesi di reclusione) — di cui all’art. 2634, vale a riempire di senso, almeno teoricamente, la scelta di impostare

(39) V. ad es. S. SEMINARA, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 278 (che la qualifica « un’infedeltà aggravata da corruzione ») e V. MILITELLO, *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, ivi, 374.

(40) Così V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 706. V. anche ID., *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 374.

(41) Il paradosso è segnalato da tutti i commentatori; ogni citazione risulterebbe superflua.

(42) E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. — Riv. trim.*, 1/2012, 246.

i rapporti tra i due reati in termini, non già di anticipazione, ma di specializzazione della tutela (43).

4. (Segue) *Dal modello patrimonialistico ad un modello ‘sincretistico’?* — E tuttavia, proprio mentre – mediante il riequilibrio dei minimi edittali – il rapporto tra art. 2635 e art. 2634 c.c. acquista coerenza quale espressione del paradigma patrimonialistico, esso rischia invece di riprenderla, per altra via, attraverso l’arricchimento del disposto dell’art. 2635 di elementi che ne confondono la proiezione offensiva.

Mi riferisco, in particolare, a due delle più significative innovazioni apportate, con l. 190/2012, al testo dell’articolo: la rilevanza attribuita alla “violazione degli obblighi di fedeltà”, accanto e in alternativa alla “violazione degli obblighi inerenti all’ufficio”, quale contrassegno caratterizzante l’atto oggetto di corruzione, dal quale il “documento per la società” deve discendere; e la deroga al principio della perseguibilità a querela, riferita al caso in cui “dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi” (quinto comma).

Non è facile capire quale potrà essere l’incidenza effettiva di queste innovazioni: a giudizio di molti commentatori della riforma, esse difficilmente avranno un impatto pratico dirompente. Nondimeno, mi pare che esse posseggano se non altro un rilievo teorico — o, se si preferisce, ‘simbolico’ — notevole, poiché segnano, come dicevo, il passaggio da una disciplina integralmente ispirata al modello patrimonialistico, ad una nella quale traspare invece il tentativo — piuttosto goffo e macchinoso, in verità — di definire il contenuto di illecito delle infedeltà da corruzione tenendo conto, in maniera sincretistica, di tutti e tre i modelli potenzialmente rilevanti.

L’esito di questo tentativo, come ora mostrerò, è piuttosto contorto e difficile da decifrare; ma l’impressione (quantomeno: una possibile *ipotesi di lavoro*) è che, nel complesso, le innovazioni in discorso abbiano determinato uno spostamento dell’asse offensivo del reato (meglio: dei reati), il quale oggi solo parzialmente sembra muoversi sul piano privatistico e micro-economico degli interessi *staticamente patrimoniali* della società cui appartiene il corrotto.

4.1. Innanzitutto, l’esplicita rilevanza attribuita alla “violazione degli obblighi di fedeltà”. Che valore può mai avere il suo inserimento nella struttura della fattispecie? Cosa aggiunge essa al contenuto della incriminazione? I commentatori sono finora parsi per lo più inclini a neutraliz-

(43) Analogamente R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 447 ss.

zarne il significato, e dunque l'impatto e i possibili effetti, preoccupati della eccessiva genericità della espressione ("obblighi di fedeltà") e del rischio che essa sottenda giustificazioni (e quindi, sviluppi) di carattere meramente moralistico (44). Da qui la tendenza ad una *interpretatio abrogans* dell'inciso, che in sostanza, per ragioni di opportunità, lo priva di ogni contenuto (45).

In realtà, l'espressione "violazione degli obblighi di fedeltà" ha il proprio riferimento, piuttosto chiaro e preciso, nell'"obbligo di fedeltà" di cui l'art. 2105 c.c. grava il lavoratore subordinato (*l'agente*) nei confronti del suo datore di lavoro (*il principale*). Il problema, semmai, è che, già in ambito civilistico, non è affatto pacifico quale sia l'estensione di quest'obbligo. E ciò rischia di far rientrare dalla finestra quei rimproveri di vaghezza e moralismo, che l'ancoraggio a una norma del codice civile potrebbe invece dissipare.

(44) A. MELCHIONDA, *Art. 2655 c.c. (« Corruzione fra privati »)*, in *Giur. it.*, 2012, 2700 s.; V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia* (dattiloscritto), 11; A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont.* (25 marzo 2013), 20.

(45) Peculiare la posizione di R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 446 s., per il quale invece « la nuova formula sembra coprire due ipotesi [*ed in tal modo colmare una lacuna di tutela*]: da un lato, quella in cui, l'amministratore, avendo ricevuto l'utilità o accettato la promessa, non comunicò al datore di lavoro tale circostanza in violazione di un dovere di trasparenza o informazione, derivando poi da ciò un nocumento alla società; dall'altro lato, quella in cui l'agente accettò effettivamente una retribuzione indebita, la trattiene per sé, omettendo di "trasferirla" al datore di lavoro e cagionando così di per sé un nocumento (*rectius*, danno patrimoniale) alla società ».

In realtà, per quanto ingegnosa, l'interpretazione di Bartoli non convince, poiché trascura di considerare che, nella logica fatta palese dal testo della disposizione, l'espressione "in violazione degli obblighi di fedeltà" si riferisce chiaramente all'atto oggetto di indebita retribuzione, che — secondo lo schema di ogni corruzione (che sia incentrata sul modello mercantile) — deve essere 'atto d'ufficio', e dunque costituire esercizio (magari distorto o illecito, od omesso esercizio) di poteri 'd'ufficio', inerenti alla funzione. Nelle due ipotesi immaginate da quest'Autore, invece, l'*infedeltà* viene posta altrove: e cioè, nella prima ipotesi (« quella in cui, l'amministratore, avendo ricevuto l'utilità o accettato la promessa, non comunicò al datore di lavoro tale circostanza in violazione di un dovere di trasparenza o informazione, derivando poi da ciò un nocumento alla società »), nell'omessa comunicazione della retribuzione indebita ricevuta; mentre, nella seconda (« quella in cui l'agente accettò effettivamente una retribuzione indebita, la trattiene per sé, omettendo di "trasferirla" al datore di lavoro e cagionando così di per sé un nocumento (*rectius*, danno patrimoniale) alla società »), la violazione del dovere di fedeltà starebbe nel fatto di non trasferire alla società l'utilità corruttiva ricevuta. Ma, a ben vedere, in nessuno dei due casi ci troviamo di fronte al compimento, o all'omesso compimento, di atti che rappresentino esercizio di poteri che al soggetto derivano dalla sua posizione all'interno della società: sarebbe finanche assurdo pensare che l'agente corrotto abbia il dovere — che costituisca corollario del suo obbligo di fedeltà — di comunicare al datore di lavoro di essere stato corrotto, o addirittura di trasferire a questi il prezzo della corruzione commessa.

Non che l'art. 2105 non fornisca una descrizione puntuale dei contenuti della fedeltà richiesta: vi è infatti specificamente sancito il divieto per l'agente, *i*) di "trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore", *ii*) di "divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa", *iii*) o di "far[e] uso [*di queste notizie*] in modo da poter recare ad essa pregiudizio". Tutti divieti specificamente rivolti, in sostanza, a definire il campo di una lecita concorrenza, concepita però nel modo in cui tipicamente la concepisce il nostro codice civile, ossia come interesse dell'imprenditore alla competitività della propria impresa, e quindi come espressione della sua libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) (46).

In giurisprudenza domina, però, la tendenza ad estendere i contenuti dell'obbligo di fedeltà del lavoratore oltre i casi di 'leale concorrenza' previsti dall'art. 2105 c.c., integrandone il disposto attraverso il ricorso alle clausole generali della correttezza (art. 1175 c.c.) e della buona fede (art. 1375 c.c.) nell'esecuzione del contratto: ne deriva una estensione dell'ambito applicativo del concetto, fino a ricomprendere ogni caso in cui il lavoratore tenga comportamenti in conflitto con finalità e interessi dell'impresa, o che comunque siano tali da incrinare il rapporto fiduciario con il 'principale' (47).

Riportata all'art. 2635 questa interpretazione avrebbe l'effetto di attribuire all'elemento della "violazione degli obblighi di fedeltà" un significato coerente con una accezione soggettivistica del modello lealístico-fiduciario: una accezione che radica il disvalore di una corruzione privata

(46) Per questa idea, del resto comune, che la libertà di concorrenza sia concepita, nel nostro codice civile come « strumento che realizza un interesse individuale » (tant'è che è rinunciabile [es., art. 2596 c.c.] e che anche il tema della concorrenza sleale è sostanzialmente preso in considerazione dal punto di vista dei « reciproci rapporti fra imprenditori » e la loro « reciproca libertà di concorrenza »), v. ad es. F. GALGANO, *Diritto privato*, 15^a ed., Padova, 2012, 503 ss.

(47) Cfr. ad es.: Cass. civ. (sez. lav.), 19 aprile 2006, n. 9056 ("Il dovere di fedeltà, sancito dall'art. 2105 c.c. si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di tenere un comportamento leale verso il datore di lavoro e di tutelarne in ogni modo gli interessi"); Cass. civ. (sez. lav.), 1 febbraio 2008, n. 2474 ("Il lavoratore è tenuto ad astenersi dal porre in essere, non solo i comportamenti espressamente indicati nell'art. 2105 c.c., ma anche qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno"). L'obbligo di fedeltà sarebbe dunque violato, ad es., anche quando il lavoratore faccia uso di espressioni critiche lesive "del decoro dell'impresa datoriale, suscettibile di provocare con la caduta della sua immagine anche un danno economico in termini di perdita di commesse e di occasioni di lavoro" (Cass. civ. (sez. lav.), 16 maggio 1998, n. 4952; più di recente, Cass. civ. (sez. lav.), 10 dicembre 2008, n. 29008); o quando svolga lavori durante l'assenza per malattia, allorché ciò pregiudichi un rapido recupero delle ordinarie condizioni di salute o evidenzi, all'opposto, che l'infermità era meramente simulata.

nel fatto che l'agente, in forza della corruzione, accetti di agire senza avere l'interesse del principale come guida della propria condotta, non mostrando quindi una adesione morale alla causa del principale (48). Il che finirebbe per rievocare proprio quei fantasmi — vaghezza e moralismo —, che i commentatori cercano di scacciare rendendo sostanzialmente inutile l'elemento in questione. Ed infatti, una spiritualizzazione della fedeltà richiesta all'agente, ricavata per di più da un ricorso analogico (si tratta di *analogia iuris*) alle clausole generali della correttezza e della buona fede contrattuali, si porrebbe in contrasto e con il principio di legalità (che vieta di ricorrere all'*analogia in malam partem* per dare contenuto ad elementi — per quanto normativi — della fattispecie incriminatrice) e con i principi di oggettività e offensività del reato (che, tra l'altro, sconsigliano di interpretare le fattispecie incriminatrici in senso meramente moralistico).

4.1.1. Per fortuna, non è affatto necessario porsi sulle tracce di questa giurisprudenza nel dare significato agli “obblighi di fedeltà” sanzionati nell'art. 2635. La dottrina giuslavoristica dominante (49) è infatti orientata nel senso, inverso, che i contenuti dell'obbligo di fedeltà siano da ritenere tassativamente esposti nell'art. 2105 c.c.: il rapporto di lavoro avrebbe infatti carattere eminentemente contrattuale, e non già associativo o comunitario, e richiederebbe dunque, per il suo funzionale svolgimento, nient'altro che l'adempimento delle prestazioni contrattuali implicate nel rapporto, e non certo una fedeltà in senso affettivo, né dunque una devozione alla causa dell'impresa o nei confronti del ‘principale’.

Senonché, bisogna anche riconoscere che quanto in tal modo si guadagna in termini di offensività del reato e tassatività della fattispecie incriminatrice si perde invece in termini di carica di innovazione imputabile all'introduzione dell'elemento normativo in questione. È infatti evidente che l'“obbligo di fedeltà” di cui all'art. 2105 c.c. rientra senz'altro nel novero di quegli “obblighi inerenti all'[l']ufficio” dell'agente, alla cui violazione l'art. 2635 faceva già riferimento nella versione 2002. Nessuno penso abbia mai dubitato, anche prima della riforma 2012, che l'agente il quale, avendo ricevuto utilità indebite o avendone accettata la promessa, violasse qualcuno dei limiti espressamente posti dall'art. 2105 (ad es.: si mettesse a trattare affari in concorrenza con il suo principale, o divulgasse o facesse uso di notizie riservate) dovesse rispondere del reato di infedeltà da

(48) A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 821.

(49) Lo dico con tutta la cautela del caso, non essendo specialista della materia. Cfr. comunque F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, 8ª ed., UTET, 2013, 215 ss., e letteratura ivi citata.

corruzione, se dalla violazione fosse conseguito un “documento per la società”.

Il senso dell’innovazione, a questo punto, appare meramente ‘simbolico’: ridotto a segnalare che, nella nuova versione, la tutela della concorrenza — intesa, però, nel senso, tipicamente civilistico, di interesse dell’imprenditore alla competitività della propria impresa — riceve una specifica ed esplicita considerazione nella definizione dell’orizzonte offensivo sul quale si muovono le fattispecie. In quest’ottica, il riferimento alla “violazione degli obblighi di fedeltà”, quale possibile contenuto di una corruzione privata, vale, più che ad innovare i contenuti delle fattispecie, a metterne in risalto un profilo che era già implicito nella vecchia formulazione, ossia: la rilevanza dell’interesse micro-economico dell’imprenditore, del principale, contro quelle forme di concorrenza sleale che si reggano su un comportamento scorretto dell’agente, il quale approfitti della propria condizione di *intra-neus* per realizzare fatti che mettano in crisi la competitività dell’impresa.

4.2. Ma, a seguito della riforma 2012, la tutela della concorrenza entra nell’orizzonte offensivo dell’art. 2635 anche in altra forma e per altra via. E questa volta si tratta di novità potenzialmente assai rilevante, poiché capace di introdurre nei reati di infedeltà da corruzione una dimensione pubblicistica prima radicalmente inesistente.

Mi riferisco, naturalmente, alla deroga al principio della perseguibilità dei reati a querela della società qualora “dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”.

Senso e implicazioni di questa deroga sono tutt’altro che chiari.

Innanzitutto: a quale accezione della ‘concorrenza’ ci si riferisce? Sembra di poter escludere che si tratti della concorrenza in accezione macro-economica: l’impatto distorsivo, che deve essere specificamente provato perché scatti la procedibilità d’ufficio, non può certo avere ad oggetto la concorrenzialità del mercato nel suo complesso (50), poiché un evento di questo genere sarà il più delle volte insuscettibile di essere verificato empiricamente. A credere il contrario, si finirebbe per far dipendere la procedibilità del reato dalla dimostrazione o confutazione di un’ipotesi per lo più indimostrabile e non falsificabile, il che sarebbe assurdo (51). (Non è un caso che, negli ordinamenti che la concepiscono

(50) Analogamente V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 200 s.

(51) Cfr. A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (« Corruzione fra privati »)*, in *Giur. it.*, 2012, 2701, il quale sottolinea a ragione l’importanza del rispetto della determinatezza nella formulazione di una condizione di procedibilità, costituendo questa « espressione diretta dello stesso principio di “obbligatorietà” dell’azione penale dettato dall’art. 112 Cost. »

secondo l'accezione macro-economica del modello della concorrenza, la corruzione privata compaia essenzialmente quale reato *di pericolo astratto* (52), e non certo quale reato *di danno concreto*.)

Ad avere qui rilievo non è dunque la 'concorrenza' nel senso in cui questo concetto compare nei documenti inter- e sovranazionali in materia di corruzione privata, ossia quale fattore dal quale dipende lo sviluppo economico di un Paese (ad es., la Decisione quadro 2003/568/GAI).

Neanche, però, si può dire che la concorrenza qui rilevante (a differenza di ciò che abbiamo visto rispetto al primo comma dell'art. 2635) sia quella del codice civile, tutta incentrata sulla tutela della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore. Come si è visto, infatti, un tale interesse è già senz'altro preso in considerazione nella struttura offensiva ordinaria delle fattispecie incriminatrici: il "nocumento per la società", dalla cui causazione dipende la consumazione dei reati, potendo anche assumere la forma di un pregiudizio alla competitività dell'impresa (in generale o in una concreta occasione commerciale). Cosicché, se in questione fosse, ancora una volta, esclusivamente un interesse della società che fa da 'principale' al corrotto, non si spiegherebbe perché mai il verificarsi di un tale pregiudizio dovrebbe giustificare una deroga al principio della procedibilità a querela.

Non rimane dunque che credere — se non altro, per esclusione — che la concorrenza figurì nel quinto comma dell'art. 2635 c.c. in accezione bensì micro-economica, ma quale bene facente capo, non tanto alla società cui appartiene il corrotto, quanto ai consumatori, quale strumento volto ad assicurare la loro libertà di scelta, e pertanto quale interesse *pubblico* (facente capo, cioè, al *pubblico* dei consumatori): il che spiega, del resto, come mai in presenza di una sua distorsione si deroghi al principio di procedibilità a querela della società, e si stabilisca invece l'inverso principio della procedibilità d'ufficio.

4.2.1. L'importanza di questa deroga e il rilievo del bene della concorrenza in ottica pubblicistica all'interno della struttura delle incriminazioni dipendono, tuttavia, in maniera decisiva, dalla interpretazione che si dà all'espressione "salvo che *dal fatto* derivi una distorsione della concorrenza".

La lettura più intuitiva, che non a caso si è da subito imposta tra i commentatori (53), è nel senso che la distorsione rilevante, ai fini della procedibilità d'ufficio, sia solo quella che derivi dal verificarsi di un *fatto* che presenti *tutti* gli estremi tipici della fattispecie-cardine: perché scatti il

(52) A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 833 s.

(53) Cfr., ad es., G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità*

dovere di procedere, non sarebbe cioè sufficiente che una distorsione della concorrenza derivi in qualche modo dal fatto *in sé* della corruzione privata, né lo sarebbe che essa derivi dal conseguente compimento dell'atto — illecito — oggetto della corruzione; necessario sarebbe, in ogni caso, anche il verificarsi di quel “nocumento per la società” dal quale dipende la consumazione del reato nelle ipotesi di cui ai primi tre commi dell'art. 2635 c.c.

In quest'ottica si può ben dire (come in effetti è stato ben detto) che, « quando il reato diviene procedibile d'ufficio, l'oggetto giuridico si colora di venature pubblicistiche, ma senza abbandonare la sua vocazione di proteggere innanzi tutto l'interesse societario, rispetto al quale quello alla tutela della libera concorrenza appare comunque recessivo » (54). Così intesa, insomma, la procedibilità d'ufficio non introduce un vero e proprio profilo *costitutivo* di offensività ulteriore rispetto a quello già sotteso al reato nei casi in cui questo è procedibile a querela. La distorsione della concorrenza non altera l'intima sostanza dell'offesa tipica: rimane ancillare rispetto a questa; vi si aggiunge, per così dire, *dall'esterno*, a segnalare che in certi casi quella stessa offesa può accompagnarsi anche ad un pregiudizio a carico di interessi (dei consumatori) esterni alla società, la considerazione dei quali apre un punto di vista ulteriore sul fatto, e rende perciò inopportuno mantenere nelle mani della società offesa (*i.e.*: di quella società che è pur sempre la sola persona offesa dal reato) la sovrana ed insindacabile decisione circa la perseguibilità del reato (55).

4.2.2. È tuttavia possibile anche una diversa lettura, la quale suggerisce che l'evento distorsivo rilevante ai fini del cambio del regime di procedibilità possa discendere, non già necessariamente dal fatto tipico nel suo complesso, ma anche dalla sola condotta illecita, ossia: dal compimento (o dall'omesso compimento) dell'atto illecito oggetto della corru-

nella pubblica amministrazione). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *Dir. pen. cont.* (20 novembre 2012), 18-9; V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia* (dattiloscritto), 12.

(54) G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*. Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *Dir. pen. cont.* (20 novembre 2012), 20. Nello stesso senso V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia* (dattiloscritto), 12.

(55) Con tutte le contraddizioni che questo comporta: poiché, come è stato segnalato, « una volta inserita l'ottica della lesione alla libertà di concorrenza — rendendola per di più tanto significativa da prevalere sulla valutazione di perseguibilità del fatto da parte della società che ha subito il danno — diviene poco convincente negare una analoga tutela allo stesso interesse pubblico, quando la sua lesione non passi dalla contestuale offesa del patrimonio della società a cui appartiene il soggetto attivo dello scambio corruttivo »: V. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia* (dattiloscritto), 12.

zione, che « è parte del fatto, e può venire in autonomo rilievo come causa diretta della distorsione della concorrenza » (56).

Di questa lettura, possono per la verità immaginarsi due versioni. Una prima versione — per così dire, ‘moderata’ — sgancia bensì la “distorsione della concorrenza” da un legame causale con il “nocumento per la società”, senza però spingersi fino a sostituire quella a questo nella struttura del fatto incriminato: “distorsione” e “nocumento” dovrebbero entrambi verificarsi perché scatti il regime di cui al quinto comma dell’art. 2635 c.c., pur non essendo necessario (qui la differenza rispetto alla tesi di cui al § precedente) che quella derivi (anche) da questo (57). La diversa procedibilità, ancora una volta, non sottenderebbe dunque una diversa offensività del fatto procedibile d’ufficio, che continuerebbe, nonostante tutto, a trovare il proprio cuore pulsante in quel “nocumento per la società”, su cui ruota la fattispecie-cardine del primo comma.

Vi è però spazio — mi pare — anche per una versione più ‘estrema’, nell’ottica della quale la “distorsione della concorrenza” (di cui al quinto comma) rappresenti piuttosto un *evento tipico* alternativo rispetto al “nocumento per la società” (di cui al primo comma). Si tratta, evidentemente, di una interpretazione che stravolgerebbe la struttura apparente delle fattispecie in questione, trasformandole, per così dire, in reati con doppio evento alternativo, come se ad essere oggi incriminato fosse il fatto dell’agente che, a seguito di corruzione, compia od ometta atti antidoverosi “cagionando o *un nocumento alla società* oppure *una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*” — con diverso regime di procedibilità a seconda che in un caso concreto ricorra o meno questo secondo tipo di evento (in alternativa, o anche in aggiunta, rispetto al primo).

Essa, nondimeno, sembra trovare un supporto testuale nella clausola di sussidiarietà posta ad apertura dell’articolo. Non c’è dubbio infatti che, nell’inciso “Salvo che *il fatto* costituisca più grave reato”, l’espressione “il fatto” debba intendersi riferita anche al caso in cui solo la condotta descritta in fattispecie (o anche una parte di questa) costituisca reato ai sensi di altra, più grave, incriminazione: “salvo che *il fatto* costituisca più grave reato” ingloba, insomma, anche il caso, o comunque certi casi, in cui *solo una parte del fatto* (ad es.: *solo* il patto corruttivo o *solo* la condotta esecutiva di questo) integri la fattispecie di un più grave reato (la clausola

(56) D. PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 11/2012 (supplemento), nt. 31.

(57) In questo senso, ad es., P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 12; R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (CUR.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 445.

scatterebbe, ad es., anche nella ipotesi in cui la corruzione, che sta a monte dell'infedeltà, fosse anche rilevante come corruzione pubblica (58), o nel caso in cui il compimento dell'atto antidoveroso oggetto di corruzione costituisse già di per sé altro più grave reato: ad es., uno dei "delitti contro la inviolabilità della corrispondenza", di cui agli artt. da 617 a 617-*sexies* c.p.).

Ciò vero, l'assonanza tra la formulazione letterale della clausola di sussidiarietà (*salvo che il fatto ...*) e quella della deroga al regime di procedibilità (*salvo che dal fatto ...*) è troppo evidente perché non se ne possa trarre argomento per affermare che, anche in questo secondo caso, può assumere rilievo anche la realizzazione di una parte soltanto del fatto tipico, come ad es. la condotta infedele.

Il reato, di conseguenza, dovrebbe potersi dire procedibile d'ufficio (e dunque, necessariamente, integrato e punibile) anche nel caso in cui una distorsione della concorrenza derivi, *pur senza "nocumento per la società"*, direttamente dalla stipula o, più verosimilmente, dalla esecuzione del patto corruttivo (59).

4.2.2.1. Dovendo scegliere, ritengo questa ultima impostazione preferibile rispetto alle altre: seppur meno 'fedele' alla descrizione letterale delle fattispecie incriminatrici, essa, senza essere del tutto infondata da un

(58) Cfr. A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (« Corruzione fra privati »)*, in *Giur. it.*, 2012, 2701.

(59) Ad un esito sostanzialmente analogo si può giungere anche per altra via: sottolineando, cioè, come il mutamento del regime di procedibilità scatterebbe anche in presenza di una realizzazione solo tentata dei delitti di cui ai primi tre commi dell'art. 2635 c.c.: con la conseguenza che il reato sarebbe perseguibile d'ufficio anche quando la distorsione della concorrenza sia derivata dal mero tentativo di commettere l'infedeltà da corruzione — ossia: quando alla corruzione e al compimento/omissione dell'atto illecito che ne costituisce oggetto non sia poi conseguito un effettivo nocumento a carico della società — che pure costituiva oggetto del dolo, intenzionale o indiretto, dei soggetti attivi —, e ne sia invece conseguita una distorsione della concorrenza.

Per quanto analoghe nell'esito finale di sganciare la rilevanza della distorsione della concorrenza dal nocumento per la società, queste due opzioni interpretative avrebbero peraltro implicazioni diverse dal punto di vista dell'elemento soggettivo del reato. La prima opzione fa della distorsione parte dell'offesa tipica, il che la rischia automaticamente nell'oggetto del dolo. Diversamente, la seconda opzione non incorpora l'evento distorsivo nella struttura del reato, lo mantiene quale mera *condizione negativa della procedibilità a querela*, e dunque non richiede che esso sia in alcun modo preveduto e voluto dai soggetti agenti, essendo sufficiente che esso derivi in modo giuridicamente significativo dal (tentativo di consumare il) fatto. D'altra parte, però, mentre la prima opzione è compatibile anche con una realizzazione nella quale il "nocumento per la società" non rientri affatto nell'oggetto del dolo dei soggetti agenti, la seconda richiede invece, non solo che esso vi rientri, ma che, rispetto a tale nocumento, il dolo si atteggi nei termini di una intenzione o, quanto meno, di una previsione certa.

punto di vista testuale, conduce d'altra parte ad esiti assai più soddisfacenti da un punto di vista sostanziale.

La versione dell'art. 2635 che ne viene fuori rappresenta infatti un compromesso tutto sommato onorevole tra le sollecitazioni internazionali, da un lato, e, dall'altro, l'evidente ritrosia del nostro Paese (non del tutto infondata da un punto di vista politico-criminale (60)) ad incriminare *direttamente* fatti di corruzione privata; in questa versione, essa supera, se non altro, le due più rilevanti obiezioni sollevate dagli osservatori internazionali (ad es., dal GRECO (61)) alla struttura del reato nella versione 2002: che questo, cioè, si discostasse dalla corruzione privata come concepita nelle Convenzioni e negli atti normativi sovranazionali appunto perché (a) imperniava (sempre) la consumazione del reato sul danno a carico della società e (b) condizionava (sempre) la relativa procedibilità al fatto che questa proponesse querela.

La disciplina italiana diventa in tal modo (se non del tutto conforme, certo) assai meno stridente con gli obblighi di incriminazione che gravano sul nostro Paese. Siamo ancora lontani (e forse non è un male) da una diretta incriminazione della corruzione privata. E tuttavia, la riforma introduce nell'orizzonte offensivo del reato una dimensione pubblicistica certamente meno angusta di quella staticamente patrimoniale rappresentata dal "nocumento per la società": il modello patrimonialistico, e la strenua preminenza riservata agli interessi della società, potrebbero oggi dirsi superati da un modello di incriminazione nel quale, accanto e in alternativa alla tutela del patrimonio sociale, cominci a trovare spazio, sia pure in forma piuttosto involuta, anche una tutela diretta della concorrenza concepita, in una accezione 'più moderna', quale bene facente capo al *pubblico* dei consumatori.

ALESSANDRO SPENA
Straordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Palermo

(60) Cfr. A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 805-42.

(61) V. *supra*, note 19 e 20.