

Pubblicazione quadrimestrale

ISSN 0019-7084

Novissima Serie - Anno IV - N. 1

Gennaio-Aprile 2018

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **Rilievi penalistici del *Trust***
- ◇ **La corruzione privata**
- ◇ **Sulla nomofilachia**
- ◇ **In tema di elusione fiscale**
- ◇ **Sull'abuso d'ufficio**
- ◇ **La Taricco II**



Giuridica Editrice

IL NUOVO DELITTO DI CORRUZIONE TRA PRIVATI – ADEGUAMENTI EUROUNITARI E RIFLUSSI DEL PASSATO

SOMMARIO: 1. Il ricorso a una strategia controversa per contrastare il fenomeno corruttivo nel settore privato. – 1.1. Le ragioni alla base delle scelte di incriminazione. – 2. La fattispecie di reato introdotta con la legge n. 190 del 2012 e i tratti di una nuova prospettiva lesiva. – 3. Gli elementi costitutivi del nuovo reato di corruzione propria tra privati del D.Lgs. n.38/2017. La clausola di sussidiarietà e il rischio di dissolvenza dell’offensività. – 3.1. La corruzione propria antecedente come unica opzione incriminatrice. – 3.2. L’ambigua clausola di sussidiarietà che si risolve nella riduzione della lesività. – 3.3. I possibili autori del reato: la centralità del *management*; gli esclusi (ma non del tutto). – 3.4. C’è stato l’effetto di omologazione alla corruzione pubblica con l’eliminazione del nocumento?. – 3.5. Dalla tipologia di reato di danno a quella di reato di pericolo. – 3.6. L’accordo o la trattativa corruttiva come oggetto materiale e momento di perfezionamento del reato. – 3.7. Dalla trattativa corruttiva alla distorsione della concorrenza. – 3.8. Il riflusso normativo dell’infedeltà come unico bene giuridico. – 3.9. La corruzione tra privati commessa per interposta persona. – 3.10. Il dolo specifico come elemento soggettivo del fatto corruttivo. – 4. Il caleidoscopio sanzionatorio. – 4.1. La rafforzata responsabilità della persona giuridica nella colpa di organizzazione. – 5. La misura camaleontica della confisca come ipotesi di “ragnatela ablativa”.

1. *Il ricorso a una strategia controversa per contrastare il fenomeno corruttivo nel settore privato*

Con il D.Lgs. n. 38 del 15 marzo 2017¹ il legislatore è stato chiamato ancora una volta a intervenire sulla fattispecie incriminatrice della corruzione tra privati modificata nel 2012, attraverso la sostituzione della norma fino ad allora prevista all’art. 2635 c.c., accompagnandola con altre disposizioni che danno compimento al disegno normativo europeo.

Questa volta l’intervento novativo non limita il suo orizzonte alla riforma della fattispecie di reato, ma mette in piedi un vero e proprio micro-sistema penale in sé

¹ Il Decreto Legislativo. n. 38 del 15 marzo 2017 “Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato” è stato pubblicato su G.U. n. 75 del 30 marzo 2017 con entrata in vigore il 14 aprile 2017.

compiuto nell'ambito della legislazione civilistica, con il fine di contrastare i fenomeni di corruzione nelle relazioni economiche tra soggetti privati, incidendo sulle condotte penalmente rilevanti, corruzione, mediazione, istigazione alla corruzione, mentre sul versante sanzionatorio stabilisce nuove pene detentive, nuove pene patrimoniali e nuove sanzioni accessorie.

La nuova disposizione dell'art. 2635 c.c. - *Corruzione tra privati* - è la seguente: *“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”.

Ancora una volta il gius-penalista è chiamato a confrontarsi con un fenomeno sociale ed economico, quello corruttivo, di tale valenza mediatica nel mondo contemporaneo da oscurare l'indagine sulla figura di reato il cui contenuto, soprattutto per il modestissimo numero di episodi (tra il 2013 e 2014 soltanto circa venti casi che hanno superato la fase delle indagini preliminari) che si registrano nel settore degli affari privati, sfugge ad una puntuale cifra identificativa e, anzi, si presta spesso a inafferrabili e talora molteplici e diversi spunti di incriminazione di tipo esclusivamente simbolico e figurativo².

² Al riguardo è decisivo l'intervento del Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione che nella Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, tenuta a Roma il 26 gennaio 2017, precisa: “È fortemente avvertita nel Paese la percezione di una diffusa corruzione sia nella Pubblica Amministrazione che tra i privati. Essa non trova tuttavia riscontro nelle rilevazioni delle statistiche giudiziarie. Il dato statistico nazionale sia degli uffici di merito che presso questa Corte evidenzia, tuttavia, un numero eccessivamente esiguo di giudizi penali instaurati per siffatti gravi delitti (n. 273 procedimenti definiti nel 2016 in Cassazione, pari allo 0.5%)”, in *www.cassazione.it*, pag. 35.

Il fenomeno della corruzione, rilevato dalle indagini della magistratura e molto più pesantemente percepito dall'opinione pubblica nel settore privato e delle grandi aziende che operano sul mercato europeo e su quelli esteri³, ha sollecitato già da qualche decennio la comunità internazionale ad assumere accordi di natura convenzionale da tradurre in legislazioni continentali e nazionali con la *Criminal Law Convention on Corruption* varata dal Consiglio d'Europa di Strasburgo del 27 gennaio 1999, ove si sancivano con gli artt. 7 e 8, (ratificata dall'Italia soltanto con legge 28 giugno 2012, n. 110) e la Convenzione ONU contro la Corruzione di Merida del 2003 (ratificata con legge del 3 agosto 2009, n. 116) che prevedeva l'obbligo di incriminazione specifico con l'art. 21 e in parte l'art. 22.

In altri ordinamenti continentali sono state assunte già da tempo, anche se dopo un tormentato *iter*, specifiche iniziative legislative. Basta citare nel Regno Unito il *Bribery Act 2010*, entrato in vigore il 1 luglio 2011, che disciplina la corruzione nel settore privato e la corruzione dei pubblici funzionari⁴. Sono state nel contempo varate precise linee guida fondate soprattutto su tarati meccanismi di controllo interno, soggetti a progressivi aggiornamenti, e prassi dissuasive nell'ambito delle aziende private che pongono come premessa il criterio di proporzione tra la dimensione dell'ente privato e le iniziative di contrasto alla corruzione.

Il 18 dicembre 2015, invece, la Commissione europea ha minacciato di avviare una procedura di infrazione contro l'Italia per omessa comunicazione delle misure nazionali di recepimento della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa specificamente alla lotta contro la corruzione nel settore privato. La Commissione, infatti, ha registrato un parziale recepimento della Decisione quadro 2003/568/GAI, prendendo atto che l'Italia non aveva seguito l'itinerario legislativo eurounitario comprendente: la scelta di criminalizzazione della corruzione, sia nella forma attiva sia in quella passiva; la punibilità dell'istigazione e del favoreggiamento; la responsabilità delle persone giuridiche⁵. Peraltro, la relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento d'Europa del 3 febbraio 2014 già segnalava la necessità di un più incisivo e motivato intervento contro la corruzione e richiamava la responsabilità dei Parlamenti nazionali a provvedere urgentemente con un'ampia azione d'incriminazione penale, in particolare della corruzione nel settore privato⁶.

³ Anche l'ultimo rapporto segnala che l'Italia si colloca al 26° posto per il controllo della corruzione pubblica e privata, con specifici indicatori internazionali che segnalano ancora pesanti negatività sul nostro sistema di prevenzione (Commissione Europea - Brussels 22 febbraio 2017 SWD (2017) 77 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Country Report Italy 2017 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances).

⁴ Per una completa e puntuale trattazione si rinvia all'ampia opera di MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012, pag. 407.

⁵ Ci si riferisce alla "Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato", in G.U. n. 192 del 31 luglio 2003.

⁶ Si tratta della procedura EU-Pilot n. 8175/15/HOME cui sarebbe seguita una procedura di infrazione a norma dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per il mancato

Queste sono le ragioni per cui il legislatore italiano, condotto letteralmente per mano dalle prescrizioni europee, è ritornato sulla fattispecie dell'art. 2635 del codice civile introdotto con la legge n. 190/2012⁷, rideterminando profondamente il precetto, la sanzione e le conseguenze ulteriori e accessorie a carico del *management* aziendale⁸.

Il rafforzamento della vigilanza europea sulle iniziative dei paesi membri si presenta certamente più stringente proprio sui fenomeni legati all'economia comunitaria⁹. I fattori di sviluppo economico sono ormai ritenuti dalle Istituzioni europee intimamente connessi con gli assetti politici della Comunità e tutte le politiche convergono nel tenere insieme il quadro economico complessivo e l'uniformità del principio di democrazia in tutti gli stati membri, in modo che gli assetti economici favoriscano e assicurino gli assetti democratici. Per la scienza della politica potrebbe apparire operazione che capovolge i termini tradizionali della questione, ma ormai i concetti di economia, di concorrenza, di trasparenza e, infine, di regolazione del mercato monetario e del credito hanno interamente assorbito lo spazio delle relazioni tra gli stati nazionali, condizionandone gli assetti sociali e politici, e finendo per determinare scelte di politica criminale.

1.1. *Le ragioni alla base delle scelte di incriminazione*

Del resto la Relazione del febbraio 2014 chiariva nel suo preambolo quale *mission* spettasse adottare alla Comunità per progredire nella coesione e nella sua crescita economica, precisando che: *La corruzione danneggia gravemente l'economia e la società nel suo complesso. Molti paesi nel mondo sono afflitti da una corruzione profondamente radicata che ostacola lo sviluppo economico, mina la democrazia e lede la giustizia sociale e lo Stato di diritto*¹⁰.

La stessa Commissione inoltre raccorda la lotta alla corruzione ai programmi di

ricepimento totale della Decisione quadro 2003/568/GAI. Il Governo italiano, nel marzo 2016, ha risposto alla Commissione europea asserendo che la fattispecie della corruzione nel settore privato pur prevista dall'articolo 2635 del codice civile, non appariva pienamente conforme alle disposizioni di cui agli artt. 2 (condotte di corruzione attiva e passiva nel settore privato) e 5 (responsabilità delle persone giuridiche) della decisione quadro.

⁷ Si tratta della legge 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", in G.U. 13 novembre 2012. ALESSANDRI A., *I reati di riciclaggio e corruzione dell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2013.

⁸ In termini perplessi già prima della riforma SPENA A., *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2007, pag. 805.

⁹ Un chiaro esempio ne viene dalle giurisdizioni europee e, nello specifico dalla corte di Bruxelles nel caso Taricco, si veda per tutti MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass.pen.*, 2016, pag. 1250.

¹⁰ E proseguiva: "Gli Stati membri dell'UE non sono immuni da questa realtà. Pur variando da un paese all'altro per natura e portata, la corruzione colpisce tutti gli Stati membri e si ripercuote sulla buona governance, sulla sana gestione del denaro pubblico e sulla competitività dei mercati. In casi estremi, mina la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e nei processi democratici". Sul tema ancora MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale cit.*, pag. 481.

privatizzazione delle società ed enti che hanno capitale pubblico¹¹, specificando: *Per l'Italia è fondamentale attuare il vasto programma di privatizzazioni presentato dalle autorità italiane, dato il suo previsto contributo allo sforzo di riduzione del debito*¹². Il dichiarato intento dell'intervento punitivo nel settore privato è di prevenire e comunque reprimere con tempestività e determinazione tutte quelle forme di condotta che hanno come obiettivo la distorsione della libera concorrenza, attraverso l'alterazione delle condizioni di partecipazione alla contrattazione tra privati; l'accettazione o la promessa di un vantaggio economico per astenersi dal partecipare a una commessa pubblica o privata; accettare un vantaggio per condurre una strategia imprenditoriale volta a favorire o danneggiare i concorrenti¹³. In buona sostanza, tutte queste iniziative eticamente riprovevoli per un imprenditore vanno prevenute e represses, attraverso la minaccia di una pena personale e a carico della persona giuridica da cui si dipende, perché minano la regolare funzione del mercato in cui agisce l'impresa e, in definitiva, la stabilizzazione di un modello generale di questo tipo che diventa fenomeno, finisce per minare l'assetto dell'economia in un paese e l'affidabilità e la trasparenza del suo modello contrattuale¹⁴.

Il fenomeno corruzione si inserisce a livello europeo nel quadro dei fattori macroeconomici perché altera indici e assetti finanziari, come quello del prodotto interno lordo, che sfuggono a una regolamentazione virtuosa e non permettono di valutare e progettare con ragionevole ponderazione strategie di sviluppo. Il diritto penale interviene dunque perché i mezzi di tutela e di prevenzione, propri della materia economica, non sono più in grado di affrontare e combattere il fenomeno

¹¹ MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2010. CINGARI F., *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2012, pag. 15.

¹² RACCOMANDAZIONE DEL CONSIGLIO D'EUROPA del 18 maggio 2016 sul programma nazionale di riforma 2016 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2016 dell'Italia.

¹³ Ritornano ancora una volta significative le riflessioni di SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi* (1983), Giuffrè, Milano, 1987, dove al capitolo IV della parte II si chiedeva, in forma retorica o forse profetica: "I "crimini dei colletti bianchi" sono reati?".

¹⁴ Occorre molta cautela quando si invocano prassi virtuose o comportamenti etici e conformi alla morale, soprattutto quando lo strumento repressivo -se non addirittura regolatore- diventa il diritto penale e il confine si fa labile tra la responsabilità morale e quella penale, come mette in guardia ALESSANDRI A., *Presentazione a GREEN S.P., I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale* (2006), UBE, Milano, 2008, pag. X: "Non è consueto al penalista italiano affrontare i temi sotto il profilo della morale, anzi tendenzialmente se ne rifugge, considerandola una trappola dietro la quale si celano revanche avverse alla secolarizzazione dello strumento punitivo". Occorre aggiungere, infatti, che il coinvolgimento nelle prescrizioni normative di clausole aperte o affidate alla soggettiva e libera esegesi in fase applicativa, paventa il rischio di un uso discrezionale dei concetti morali e delle sue risonanze suggestive da parte del giudice. Per l'indagine culturale sui limiti della percezione di legalità si rinvia a TRAMMA S., *Legalità illegalità. Il confine pedagogico*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2011 e a COTTINO A., *"Disonesto ma non criminale". La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005. Circa le basi morali della civiltà dell'impresa economica privata moderna si rinvia alla lettura di WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1905), BUR, Milano, 2016, pag. 92 e ss.

che si presenta su larga scala e in decisa espansione, permea e altera i bilanci di molte aziende, mina la credibilità dell'intero comparto produttivo privato e incide pesantemente anche sugli indici di borsa. Talvolta anche la costituzione di "fondi neri" diventa il vero obiettivo per l'impresa criminale che fa ricorso a mezzi che sistematicamente configurano molteplici ipotesi di reato appartenenti al settore dell'impresa¹⁵.

Il diritto penale dell'economia come noto nel nostro sistema legislativo ha perso in questo modo i suoi connotati originari, il diritto penale societario non ha più coordinate sue proprie, ma l'intero settore normativo risponde a una politica criminale di stampo sovranazionale che inquadra tutte le figure di reato in un diritto penale dell'economia dove l'economia pubblica -di cui quella privata è divenuta una componente- è un vasto aggregato di interessi giuridici e referenti di valore diversi dal passato, seppure orientati in questo modo¹⁶. *L'ordine economico*¹⁷ rappresenta, infatti, un bene giuridico di tipo "ideale", perché non trova immediate correlazioni in oggettività di tipo materiale, ma assurge a una formula teorica onnicomprensiva nella quale spiccano reati che designano invece una illiceità specifica per ogni singola figura di illecito penale¹⁸. Non a caso lo scenario normativo che si presentava prima delle incisive riforme intervenute dal 2002 con la legge n. 61 in poi su tutta la materia era costituita da un nucleo di fattispecie incriminatrici che avevano come obiettivo la tutela del patrimonio dell'impresa piuttosto che un interesse sovra-individuale e sfuggente come l'economia pubblica, dunque reati contro il patrimonio privato piuttosto che contro l'economia¹⁹. La rilevanza di un bene

¹⁵ MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2012, pag. 907.

¹⁶ FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1994. MANNA A., *Corso di diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2010.

¹⁷ PATALANO V. *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, 1991.

¹⁸ L'approdo all'ordine economico, entro il quale inquadrare molte delle ipotesi di reato previste nel codice civile che sono state nel corso del tempo riformulate mutandone profondamente l'oggetto e le ragioni dell'incriminazione, appartiene a una disputa dottrinale che oggi ha perso gran parte del suo valore. Si ricorda, infatti, che originariamente il bene giuridico non poteva essere individuato al di fuori "degli specifici interessi che animano e danno vita a tutta la disciplina delle società commerciali soggette a registrazione. Di ciò si resero esattamente conto i compilatori del vigente codice penale quando respinsero la proposta di comprendere, nel titolo dei reati contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio, "uno speciale reato di infedeltà degli amministratori delle società anonime", così in PATALANO V. *Bene giuridico e dolo nel delitto di false comunicazioni sociali*, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1967, pag. 53, il quale a sua volta riportava in nota la conforme posizione del PEDRAZZI C., *Delitti contro la pubblica economia, l'industria, ed il commercio*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1965, pag. 278. Il complesso delle norme penali appartenenti al codice civile e chiamate a vigilare sulle vicende economiche delle persone giuridiche private sono progettate in una prospettiva schiettamente patrimonialistica, seppure tra le modalità di aggressione si registra il prevalere delle condotte di infedeltà, cfr. PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1953, pag. 529.

¹⁹ La fattispecie di corruzione tra privati introdotta con la legge n. 61/2002 vedeva come tema dominante quello di natura patrimonialistico fissato dal concetto di nocumento e mancava qualunque riferimento alla concorrenza: "1. Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali,

giuridico così ampio e frastagliato è emersa soprattutto per l'immediata percezione del fenomeno criminologico e la lettura sociologica che ne ha condizionato la *ratio*, anzi la *ratio* ha finito per sostituire il bene giuridico²⁰. La politica criminale con scopi funzionalistici smarrisce le coordinate dottrinarie tradizionali e vanifica lo sforzo di ricondurre a sistema le scelte legislative in questa materia.

2. *La fattispecie di reato introdotta con la legge n. 190 del 2012 e i tratti di una nuova prospettiva lesiva*

Con il recepimento della Decisione quadro 2003/568/GAI e la modifica sostanziale apportata al delitto di corruzione pubblica previsto dal nostro codice penale agli artt. 318 e 319 venne radicalmente modificata la figura di reato di *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*²¹ dell'art. 2635 c.c. introdotta dal D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 e ancora riformata dal D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, dando vita a una svolta oltre che di contenuto, di significato delle ragioni politico criminali del reato, ridefinendolo *Corruzione tra privati*²².

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, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. 2. La stessa pena si applica a chi dà o promette utilità. 3. La pena è raddoppiata 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". 4. Si procede a querela della persona offesa". La necessità di rivedere l'assetto della legislazione speciale soprattutto per le materie come il diritto penale dell'economia, è sempre stato al centro dell'attenzione della dottrina, come illustrato ampiamente in DONINI M., (a cura) *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000.

²⁰ Il diritto penale dell'economia, infatti, è la *ratio* che ha surrogato totalmente il bene giuridico che designava una categoria e, comunque, ne rappresentava la chiave esegetica, sul punto LO MONTE E., *Le disfunzioni dell'intervento penale in tema di criminalità economica*, in *Ind.pen.*, 1999, pag. 1125. ZUCCALÀ G., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, Tomo I, pag. 791.

²¹ Art. 2635 - *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*. Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, e i liquidatori, 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, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. La pena è raddoppiata 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 di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Si procede a querela della persona offesa. In dottrina CRISTIANI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 179; AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.Vv., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 433.

²² Art. 2635 - *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 della promessa di denaro o altra utilità, per sè 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 nuova fattispecie presenta una diversa connotazione naturalistica della condotta che dalla sola violazione dei doveri di fedeltà si trasmuta in un chiaro negozio bilaterale a contenuto patrimoniale, viene anche a mancare un chiaro aggancio all'ambiente normativo di appartenenza ossia al settore in cui è prevista la tutela penale della corretta gestione delle persone giuridiche private, le imprese: dalla tutela del mezzo di realizzazione degli obiettivi economici alla tutela del contesto funzionale in cui agiscono le singole imprese.

Occorre tuttavia subito rilevare che la riforma del 2012²³ non ha riconosciuto alcuna nuova autonomia al delitto di corruzione nell'ambito dei rapporti commerciali e imprenditoriali tra privati²⁴. Da un lato è parsa una riproposizione acritica, seppure parziale come vedremo, delle sollecitazioni sovranazionali, dall'altro una norma meramente simbolica, atteso il possibile concorso con altre norme prevalenti e comunque, in esordio, per la previsione della clausola di sussidiarietà che ne fa perdere centralità punitiva²⁵. Non si può, infatti, prescindere dall'esistenza dell'art. 2634 c.c. *Infedeltà patrimoniale*²⁶ che, nel suo rapporto sequenziale con il 2635 c.c. (norma generale-fattispecie selettiva), entrambi con funzione di ampio e illimitato contenitore, assumeva la capacità di sussumere anche fatti di infedeltà come *genus* della corruzione²⁷. In buona sostanza il concetto giuridico sul quale si

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 nella acquisizione di beni o servizi". CERQUA L.D., *Il nuovo reato di corruzione privata*, in *Il fisco*, n. 7, 2003, pag. 41.

²³ SPENA A., *La corruzione tra privati*, in *Dir.pen.proc.*, 2013, n. 8, pag. 40. DOLCINI E., *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2013.

²⁴ Critica giustamente l'introduzione della nuova norma BRICCHETTI R., *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Spec. Guida dir.*, n. 48, 2012, pag. XXXIV ss. Sulla strategia di lungo periodo MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2009, pag. 919.

²⁵ MAZZACUVA N., *Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: diritto penale "simbolico" o necessaria "frammentarietà" dell'intervento punitivo*, in AA.VV., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di L. Foffani e R. Aquaroli, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 349.

²⁶ LONGOBARDO C., *L'infedeltà patrimoniale. Profili sistematici e di politica criminale*, Esi, Napoli, 2013, pag. 129.

²⁷ Forti perplessità venivano nutrite con la prima riforma del 2002 in cui, nonostante le premesse di progetto, si perdevano le tratte del concetto di corruzione, come evidenziato da FOFFANI L., *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002 che titola in maniera chiara il par. 3.2. *La dissoluzione della corruzione nell'infedeltà*. BENUSSI C., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2009. Si veda, inoltre, la definizione secondo cui la corruzione sarebbe una situazione di fatto aggravante la condotta di infedeltà, come prospettata da SEMINARA S., *La corruzione tra privati*, in *Le società*, 2013, pag. 61. MILITELLO V., *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, AA.VV., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di L. Foffani e R. Aquaroli, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 374. MEL-

sviluppa l'iniziativa corruttiva, sia essa passiva o attiva, è proprio la violazione del dovere fedeltà (che si colora anche di connotazioni di tipo etico) ossia di rispetto del rapporto e delle relazioni con il contesto societario di appartenenza²⁸.

Il vero nodo posto alla base dell'incriminazione della corruzione tra privati è in realtà di carattere ideologico. Il legislatore sovranazionale ha inteso coniare un settore normativo repressivo con il quale colpire tutte le possibili forme di corruzione, da quelle che si manifestano nel settore pubblico e che ledono l'integrità del patrimonio pubblico, a quelle che trovano il loro svolgersi nel *business* illecito dell'area dei privati e che, distorcendo le regole del mercato, determinano comunque un danno alla pubblica economia. In entrambi i casi si tratta di una lesione concreta, una naturalistica riduzione di consistenza economica della finanza pubblica in termini di PIL nazionale e comunitario.

Il problema principale è quello che con attenta cura mette in evidenza lo Spena, allorché pone la questione in termini di incertezza del modello seguito dal legislatore italiano nel predisporre la norma: si tratta di un modello schiettamente patrimonialistico, oppure di uno lealístico-fiduciario oppure ancora di uno che vede al centro la concorrenza?²⁹. Analizzando la norma, poi integrata, e quella che risulta dal nuovo D.lgs. n. 38/2017 sembra proprio che il modello seguito tradisca le premesse ideali, poiché, pur non centralizzando la punibilità del fatto sul nocumento in una proiezione patrimonialistica³⁰, al contrario delle sollecitazioni convenzionali, pone al centro interessi che trascendono la concorrenza che residua soltanto come un interesse ulteriore.

3. *Gli elementi costitutivi del nuovo reato di corruzione propria tra privati del D.Lgs. n. 38/2017. La clausola di sussidiarietà e il rischio di dissolvenza dell'offensività*

Con la minaccia della procedura di infrazione era stato rimproverato all'Italia la mancata introduzione di alcuni fondamentali requisiti di tipicità nella fattispecie

CHIONDA A., *Corruzione tra privati*, in *Giur.it.*, 2012, pag. 2698. SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013, pag. 703. BARTOLI R., *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 435. Sui rapporti tra le due norme la giurisprudenza, sulla base della condotta, riteneva che: L'art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale) e l'art. 2635 c.c. (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità) disegnano due 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 solo a coloro che abbiano poteri di gestione diretta dei beni della società, mentre per quanto disposto dall'art. 2635 i soggetti attivi si estendono fino a comprendere sindaci, responsabili della revisione e dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari (Cassazione penale sez. V, sentenza del 13 novembre 2012 n. 14765)".

²⁸ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2006. VERDE L., *Corruzione tra privati*, in *La macchina delle regole, la verità della vita*, a cura di G. Limone, Franco Angeli, Milano, 2015, pag. 361 e ss.

²⁹ SPENA A., *La corruzione privata cit.*, pag. 705.

³⁰ BRICCHETTI R., *Corruzione tra privati*, in AA.Vv., *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, Tomo I, a cura di G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Luparia, Cedam, Padova, 2014, pag. 431.

incriminatrice della corruzione tra privati che la vedevano lontana dalla prescrizione normativa eurounitaria³¹. Mancava, infatti, il segmento punitivo della corruzione passiva, costituita dalla forma della ricezione o anche della sollecitazione dell'offerta di denaro o altra utilità "non dovuti".

La nuova figura di reato si colloca, prima di ogni altra cosa, sotto una nuova denominazione della rubrica del Titolo XI, del libro, V, del codice civile «Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati», alla cui precedente formulazione è stata aggiunta l'indicazione degli altri "enti privati". Non si tratta di un ampliamento della base applicativa per le nuove norme, quanto, probabilmente, un raccordo di tipo letterale con la Decisione quadro che non conosce consorzi e società ma soltanto il settore, appunto quello privato, di appartenenza delle persone giuridiche che non siano pubbliche.

3.1. La corruzione propria antecedente come unica opzione incriminatrice

La tipologia strutturale dell'illecito si caratterizza come un reato a concorso di persone necessario e la legge, conformemente agli atti sovranazionali, stabilisce soltanto la figura della corruzione propria attraverso il compimento di atti contrari agli obblighi di fedeltà, sancendo, in questo caso, una netta frattura con lo schema duplice degli atti contrari o conformi che sono tipici della corruzione pubblica. Il modello è quello della corruzione propria antecedente, mentre non assume alcuna rilevanza penale quella susseguente e soprattutto l'ipotesi di corruzione impropria.

La distanza che si registra dall'ipotesi della corruzione pubblica appare del tutto evidente, così come possono essere condivise le ragioni di una selezione dell'incriminazione che escluda una serie di ipotesi. Non può essere trascurato che il bene giuridico della corruzione pubblica vede al centro il pubblico interesse e la gestione di vicende che prescindono da posizioni individuali e da convenienze egoistiche, dove il punto di attacco è il mercimonio di pubbliche funzioni³². Nel caso dei reati contro la Pubblica Amministrazione il legislatore è chiamato a colpire ogni possibile condotta di infedeltà per il particolare interesse generale che è sotteso alla categoria, secondo un fattore selettivo primario che ne impone la tutela. Quando invece si tratta di reati appartenenti alla sfera del settore privato, in particolare al settore dell'impresa, la scelta dell'incriminazione è specifica, settoriale e funzionale, normalmente affidata a esigenze politico criminali dettate da scelte di natura economiche contingenti, soprattutto legate alla difficile congiuntura del mercato in un determinato momento storico.

³¹ SEMINARA S., *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir.pen. e proc.*, 2017, pag. 713. CRAVETTO C., *Il d. legisl. n. 38 del 2017 e la nuova fattispecie di corruzione tra privati*, in *Studium iuris*, 2017, pag. 964. ROSSI A., *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le società*, 2017, pag. 751. RUGANI A., *Riforma della "corruzione tra privati" (d.lg. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, pag. 4638.

³² SEMINARA S., *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1993, pag. 990.

3.2. *L'ambigua sussidiarietà che si risolve nella riduzione della lesività*

Nonostante un nuovo intervento di adeguamento alle aspettative europee la nuova figura di reato della corruzione tra privati, nella molteplicità dei requisiti costitutivi, continua a conservare una intrinseca ambiguità, tanto da farla ritenere superflua nell'economia generale della legislazione penale, in cui si annida il rischio di un presidio punitivo velleitario come vedremo, semplicemente simbolico. Del resto i documenti sovranazionali ponevano la questione di una legislazione efficace nel cui ambito il diritto penale avrebbe dovuto giocare il suo ruolo di *extrema ratio*³³. La ragione di questa consapevole certezza è offerta dalla persistente previsione della clausola di sussidiarietà che per la *ratio* della norma si presenta come assolutamente inopportuna. Con questo impianto disciplinare il reato perde la sua centralità nel novero dei fatti di rilevante infedeltà che trasmodano nella corruzione, assumendo una funzione meramente ausiliaria rispetto a fattispecie che presentano un carico sanzionatorio più significativo, ma invece un profilo di offensività del tutto diverso³⁴. In questo modo non si colpisce la corruzione in quanto tale, perché si ritiene importante per tutelare il corretto assetto del mercato degli affari, ma si frappone una semplice ipotesi di rischio -calcolato!- al comportamento dell'imprenditore che intende violare il principio di libera concorrenza.

La disposizione incriminatrice doveva esordire invece senza la clausola di sussidiarietà, garantendo una punibilità propria ed esclusiva per fatti che l'ordinamento non può tollerare perché assumono una dimensione di autonoma e rilevante offensività. La tutela di un bene sovra-individuale avrebbe guadagnato fondamento e avrebbe marcato una decisa differenza con reati che, viceversa, sono orientati a offrire tutela a un interesse diverso, appunto il patrimonio. Tutto sta nel verificare se effettivamente la sussidiarietà gioca un ruolo escludente la punibilità per come è congegnata la fattispecie di reato, e si intenda sia il precetto sia la sanzione, nonché le conseguenze punitive ulteriori.

Volendo effettuare la ricerca di un delitto più grave che possa concorrere con la norma in esame e far scattare la clausola di sussidiarietà, ci si imbatte nel delitto previsto all'art. 184 del T.U. e rubricato *Abuso di informazioni privilegiate* che ricalca la formula della lesione della fedeltà e che prevede una pena detentiva certamente più grave³⁵. Tuttavia, per altri aspetti altrettanto qualificanti l'art. 2635 c.c. mostra un li-

³³ MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale cit.*, pag. 481 e seg.

³⁴ Problematica quanto mai significativa, poiché orienta l'interprete e crea le condizioni di compatibilità della norma penale allo statuto costituzionale, come pone in evidenza MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 242 quando individua "i tre volti del principio di offensività: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di legittimità costituzionale".

³⁵ Art. 184 - *Abuso di informazioni privilegiate* del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria": "1. È punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'eser-

vello complessivo di gravità di gran lunga maggiore nelle conseguenze sanzionatorie, per quanto investe di penalità la persona giuridica e per l'applicazione della confisca³⁶. Questa è la dimostrazione che la condotta di infedeltà non è sufficientemente delineata per assicurare una coerenza sistematica ai reati di categoria e che la nozione utilizzata dalla corruzione tra privati tradisce l'originario proposito riformatore.

3.3. I possibili autori del reato: la centralità del management; gli esclusi (ma non del tutto)

La nuova norma compie un primo importante passo avanti nella concordanza con la disciplina convenzionale configurando al primo comma sia la corruzione attiva sia quella passiva. Tuttavia, nel fondere le due figure di reato e, dunque, nell'enucleare le condotte punibili e nell'individuare i soggetti destinatari dell'incriminazione, si registra un primo momento di perplessità che evidenzia una distonia della disciplina nazionale con quella della Decisione quadro. Il testo italiano ruota intorno alla figura di un agente che riveste una qualificazione soggettiva specifica, investito di funzioni e competenze esclusivamente direttive e decisorie, cui si accostano altre figure di soggetti che esercitano funzioni di controllo della gestione o di controllo nella fase di liquidazione della persona giuridica privata. Molto frequentemente viene in questi casi individuata la categoria del *manager* a esemplificare la funzione direttiva per eccellenza nella gestione della *governance* di impresa e del complessivo *management*.

Su tale aspetto si registra una violazione delle prescrizioni della Decisione quadro 2003/568/GAI, nel caso della corruzione attiva di cui alla lettera a) dell'art. 2, poiché manca tra i soggetti attivi del reato l'indicazione di colui che svolge “**funzioni lavorative di qualsiasi tipo**”. Non si tratta di un'omissione trascurabile, perché il legislatore europeo ha utilizzato una formula, seppure di carattere residuale, chiara e onnicomprensiva che sposta il fulcro dell'incriminazione dall'ambito decisorio, come fattore esclusivo, a quello di altra natura per ricomprendervi anche quello semplicemente esecutivo. In altri termini, l'attività negoziale illecita può essere compiuta soltanto da chi si trova a gestire l'ente privato, con la conseguenza che

cizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a). 2. La stessa pena di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1. 3. Il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo”.

³⁶ La questione è da molti anni all'attenzione della giurisprudenza e neppure la sentenza resa dalla Suprema Corte a SS.UU. n. 25939 del 28 febbraio 2013 sembra risolvere il dubbio, anzi costituisce una netta apertura verso la valutazione di un concetto di rilevanza che vada ben oltre la misura della pena detentiva, per inglobare nel concetto di “gravità del reato” anche i diversi indici di “gravità accessoria”.

tutti gli altri casi in cui vengono ottenuti o richiesti vantaggi non possono essere qualificati come atti corruttivi. Anche l'ultimo periodo dello stesso primo comma dell'art. 2635 c.c. non aiuta e non chiarisce la mancata previsione, limitandosi a stabilire che la stessa pena di applica a chi nell'ambito della ente privato esercita funzioni direttive anche se con qualifica diversa da quelle dei soggetti prima indicati.

Se proprio si volesse avanzare una ragionevole spiegazione sarebbe sufficiente ricorrere all'indagine sistematica per poi scoprire che questo costituisce un punto di allineamento con la disciplina della corruzione pubblica. Ed infatti, gli artt. 318 e 319 concentrano la condotta unicamente sul pubblico ufficiale, vale a dire quell'unico soggetto che attraverso i poteri conferiti con l'art. 358 c.p., svolge funzioni di rappresentanza, coordina e gestisce attività della Pubblica Amministrazione, per cui aver qualificato la corruzione tra privati soltanto sulle funzioni direttive vuol dire aver omologato la categoria dell'agente privato a quella della sfera pubblica per posizioni *ufficialmente apicali* all'interno della persona giuridica o dell'ente privato.

In realtà, sempre da un punto di vista sistematico nel nostro ordinamento comunque non si sarebbero create lacune applicative sul versante del soggetto corruttore o corrotto, poiché la figura del gestore di fatto, attraverso la disciplina dell'art. 2639 c.c. *Estensione delle qualifiche soggettive*, consente di addebitare la responsabilità penale anche a colui che, pur essendo subalterno o estraneo all'ente privato, compie atti di direzione dietro compenso non dovuto³⁷. Del resto, anche la disciplina del concorso di persone nel reato e segnatamente con l'art. 117 c.p. riesce a garantire la punibilità di estranei che compiano atti con o di intranei che, mai come in questo caso, non si può presumere la mancata conoscenza della qualifica posseduta, poiché si tratta di atti che sono propri esclusivi del funzione ricoperta (*su ciò anche nel prossimo par. 3.9. sulla condotta punibile dell'interposto*).

3.4. C'è stato l'effetto di omologazione alla corruzione pubblica con l'eliminazione del nocumento?

La vera grande novità chiamata a segnare il punto di forza della nuova disciplina incriminatrice, che spezza il nesso con la concezione patrimonialistica del fatto aprendola con decisione verso una tutela più ampia delle condizioni di mercato, è la scomparsa del **nocumento** come evento del reato. Mutano i termini di efficacia applicativa del delitto e ne muta la natura giuridica, in funzione di uno spettro con-

³⁷ Art. 2639 c.c. - *Estensione delle qualifiche soggettive*. "Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi". Sul tema SERENI A., *Art. 2639 - Estensione delle qualifiche soggettiva*, in *Commentario al codice civile* diretto da Enrico Gabrielli, Vol. V, Utet, Torino, 2014, pag. 1140.

sumativo molto più ampio, se non addirittura indefinibile. Si tratta di una scelta selettiva degli elementi di tipicità che avvicina ancora di più alla corruzione pubblica e guadagna come effetto quello di marcare in maniera ancora più decisa la traccia verso una tutela più netta del mercato.

Sicuramente le scelte legislative precedenti allontanavano la corruzione tra privati dal modello comune della corruzione pubblica voluto dalle Convenzioni internazionali e dalla Decisione quadro e ponevano all'interprete un dubbio non trascurabile, atteso che la nozione di nocumento non è univoca nel diritto penale³⁸. Valutandone la presenza nelle varie norme penali dove il nocumento viene recepito quale elemento di tipicità, esso, a nostro parere, assume una specifica fisionomia a secondo del contesto normativo nel quale è inserito. L'esegesi più fedele la riconduce a una concezione ampia del suo contenuto potendo trattarsi di una riduzione suscettibile di valutazione economica, nella sua accezione patrimonialistica ovvero in un tipo di danno che non può essere qualificato a priori ma che raccoglie un'ampia gamma di interessi, da quello morale a quello relazionale³⁹.

Nel caso dell'art. 2635 c.c. il nocumento non poteva essere che di natura patrimoniale, in quanto legato al danno economico che subisce la società del corrotto. Tra l'altro, neppure una lettura estensiva di questo evento materiale avrebbe portato a ritenere diversamente, poiché il micro-sistema cui appartiene la norma ne imponeva una stretta interpretazione letterale, limitandone la potenzialità punitiva soltanto quando si fosse verificato nell'assetto economico della società privata una diminuzione suscettibile di valutazione economica.

Il requisito costitutivo del nocumento, eliminato dalla nuova fattispecie, ha destato non poche perplessità anche nella fase della stesura parlamentare del testo della legge delega e poi nella fase di richiesta di parere alle Camere per il varo definitivo del D.Lgs. n. 38/2017.

3.5. Dalla tipologia di reato di danno a quella di reato di pericolo

Un aspetto su cui era opportuno riflettere, e che oggi in realtà conferma la chiave di lettura proposta, concerne la natura giuridica del fatto incriminato che da reato di evento poteva essere riletto e applicato in chiave di pericolo. A ben vedere, infatti, se il nocumento avesse assunto una connotazione non solo patrimoniale, violando dunque l'ambito concettuale del contesto normativo, e vi si fossero contemplati tutti gli altri indeterminabili interessi, l'evento, non più materiale, sarebbe stato a tal punto incontenibile da non rispondere più neppure al concetto di danno, per cui la fattispecie si sarebbe prestata ad essere considerata come espressione di un reato di pericolo, scolorendosi anche il concetto di concorrenza. Questo sviluppo avrebbe coinvolto anche la condizione di procedibilità a querela che sarebbe stata surrogata dalla perseguibilità d'ufficio.

³⁸ MELCHIONDA A., *Corruzione tra privati cit.*, pag. 2700.

³⁹ Sulla necessità di una valutazione economica del nocumento nel delitto di corruzione tra privati, si rinvia a Cass.pen. Sent. n. 5848 del 6 febbraio 2013, in *www.cassazione.it*.

Ora tutto cambia, perché la fattispecie è solo apparentemente di danno, trattandosi di un'attività negoziale illecita, così come la corruzione del pubblico ufficiale, ma per il tipo di condotta descritta (si veda più avanti) e per l'indirizzo finalistico dell'incriminazione non è da escludere che essa possa essere anche qualificata come reato di pericolo, anzi di pericolo presunto. Sotto il profilo della tipicità strutturale del fatto certamente emerge un evento, tuttavia nella prospettiva della portata offensiva emerge senza alcun dubbio il pericolo, dunque un reato di evento con evento di pericolo.

3.6. L'accordo o la trattativa corruttiva come oggetto materiale e momento di perfezionamento del reato

Volendo procedere all'esegesi del dato letterale, esaminando con attenzione le proposizioni utilizzate dal legislatore nelle espressioni normative del primo comma dell'art. 2635 c.c. "*sollecitano* o ricevono, per sè 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.....; e del terzo comma "*offre*, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma....", colpisce subito il fatto che oggetto del delitto non è solo l'accordo corruttivo ma anche la **trattativa corruttiva**. La trattativa ha inizio con atti pre-negoziali e culmina con l'effettiva ricezione o il versamento dell'indebito vantaggio.

La norma, infatti, oltre a contemplare modalità tipiche della corruzione pubblica introduce, e non si comprende da quali atti normativi sia stata suggerita tale soluzione, anche gli atti di **sollecitazione** e **offerta** che sono semplicemente atti di tipo preparatorio all'accordo, anche se sul piano penale diventano a questo punto determinanti per designare l'anticipazione della soglia di tutela dell'interesse offeso. Peraltro, il momento temporale in cui si compiono tali tipologie di condotta costituisce anche il momento di perfezionamento del reato che, diversamente dalla versione abrogata, non ha bisogno di eventi concreti o di accordi conclusi.

Per la verità questa anticipazione è a tal punto eccessiva da apparire come indefinibile e dai contorni sfumati sia l'atto di sollecitazione sia l'offerta, così come appaiono del tutto arbitrarie le ricadute degli effetti penali su condotte che nella sostanza sono indifferenti rispetto alla tipologia tipica dell'atto punibile. Un esame a largo spettro di queste condotte rilevanti le pone anche al di là della stessa istigazione alla corruzione rubricata nel successivo art. 2635-*bis* c.c., dal momento che il legislatore specifica che in questo caso la promessa e l'offerta non devono essere state accettate.

La coesistenza delle due disposizioni conduce a risultati paradossali e francamente fuori dei parametri di garanzia costituzionale, tenuto conto che se la sollecitazione e l'offerta *sono solo formulate* senza alcun seguito materiale, la pena è prevista da uno a tre anni; se la promessa o l'offerta *non sono accettate* la pena è quella prima indicata ridotta di un terzo. Una condotta che non si è concretizzata ma

soltanto finalizzata, limitandosi a un gesto iniziale per sviluppare un accordo, senza alcuna conseguenza e, dunque, soltanto potenzialmente lesiva, viene trattata in maniera più severa di atti significativi, effettivamente lesivi, che costituiscono una vera e propria proposta negoziale illecita e, pertanto, maggiormente riprovevole.

Severi dubbi si possono manifestare in ordine al rispetto del principio di responsabilità personale colpevole, oltre ad apparire chiara la lesione del canone di proporzionalità della misura del rimprovero, inadeguata per un semplice contatto verbale che può portare a nulla. Il tutto è ulteriormente appesantito dalla confisca per equivalente e dalla pena accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi della persona giuridica stabilita con l'art. 2635-ter c.c.

Il primo comma dell'art. 2635 c.c., in buona sostanza, è un vero e proprio "reato di trattativa" che potrebbe presentarsi senza alcuna conseguenza lesiva e mettere in ombra la vera scelta di politica criminale che il legislatore intendeva perseguire a livello sovranazionale: la effettiva lesione del principio di concorrenza.

3.7. Dalla trattativa corruttiva alla distorsione della concorrenza

Il modello strutturale di illecito adottato delinea una precisa dinamica tra trattativa corruttiva e "distorsione della concorrenza" che appare, quest'ultima, essere una vicenda, contrariamente alle aspettative internazionali, rilevante ma eventuale e che si concretizza soltanto nel caso di **acquisizione dei beni e servizi** e lo fa unicamente al fine di prevedere una diversa condizione di procedibilità. Appare singolare che non emerga con evidenza il diverso disvalore dettato dal risultato della condotta, tra la trattativa corruttiva e la distorsione della concorrenza, anzi la lesione della concorrenza rileva soltanto come elemento accidentale che, seppure disvelando il carattere pubblicistico del reato, segna semplicemente la giustificazione dell'intervento d'ufficio della pubblica autorità.

Il terreno operativo su cui interviene la nuova norma è quello del settore privato nel quale pesano gli interventi legislativi in materia economica che con il largo uso delle privatizzazioni e delle dismissioni⁴⁰ ha ampliato notevolmente il numero delle grandi imprese, per cui la implementazione delle ex aziende pubbliche di grosse dimensioni, accompagnato sovente da consuetudini commerciali non sempre irriprensibili, ha finito per influenzare tutto il tessuto delle piccole imprese, normalmente fondate su legami familiari e che da sempre ha costituito l'ossatura dell'imprenditoria italiana. La lesione della leale concorrenza non si sostanzia soltanto nella distorsione dell'offerta tra le imprese che gareggiano ma soprattutto nella frode delle aspettative dei consumatori, costretti ad accettare beni e prestazioni di qualità inferiori, non altrimenti evitabili o controllabili. Solo per completezza va aggiunto che il sistema di concorrenza nel modello capitalistico è soprattutto fondato sul dato della conflittualità, il conflitto d'interessi, per cui è già insito nella natura delle stesse relazioni un carattere che appare già censurabile se non addi-

⁴⁰ CLARICH M. - PISANESCHI A., (voce) *Privatizzazioni*, in *Dig.disc pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2000, pag. 432.

rittura illecito. Una coincidenza in cui il dato fisiologico viene a coincidere con quello patologico e tuttavia giustificato dal contesto di tensione antagonistica in cui si gioca la partita del mercato. La prevaricazione per conseguire fette di profitto, infatti, è lo strumento essenziale per vincere il conflitto e garantirsi un risultato che inevitabilmente danneggia il concorrente, perché lo esclude dalla trattativa e in questo modo lo priva di quelle commesse cui aspirava⁴¹. Il problema piuttosto è di calibrare la forza antagonistica, limitare in un ambito ragionevole, e dunque lecito, la gara prevaricatrice. Su questo terreno si misura la forza ponderata della spinta etica dell'imprenditore e l'efficacia della norma limitativa della sua aggressività aziendale.

Resta comunque ancora debole la risposta penale rispetto al diritto costituzionale della concorrenza, come imposto dagli atti convenzionali e voluto dalla nostra moderna costituzione economica con la riforma dell'art. 117 Cost., in quanto, seppure espressamente declinato tra i valori fondanti la società economica, la nuova norma che incrimina la corruzione tra privati agisce sulla concorrenza soltanto in un momento successivo, come residuo effetto dell'orientamento teleologico della norma penale⁴².

L'oggetto dell'incriminazione in questo caso appare viceversa centrale per le esigenze economiche di mercato che ne rappresentano il fondamento punitivo, considerato che il legislatore comunitario intende combattere il fenomeno del monopolio che restringe l'offerta e mina il livello di qualità dei prodotti. In questo modo viene a cedere uno dei pilastri dei principi che regolano il "Trattato dell'Unione Europea" che all'art. 101 del Titolo VII stabilisce: "Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno". Allo stesso modo regredisce l'importanza di un principio che doveva rappresentare il momento qualificante della scelta di politica criminale sulla riforma della corruzione tra privati.

Ritorna però a questo punto prepotente il tema del profilo contenutistico della nozione di concorrenza su cui basare la ragione incriminatrice della norma penale. Il rischio è di trovarsi di fronte ad un'ipotesi di gigantismo penale, già noto alla dommatica⁴³. Occorre chiedersi, infatti, cosa si intenda per concorrenza: quell'area

⁴¹ Si veda la teoria del "dilemma del prigioniero" riportato in PATALANO V., *L'etica degli affari*, in *Crit. del dir.*, 2006, pag. 34, ripreso da ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003, pag. 133 e seg.

⁴² In realtà il riferimento alla concorrenza resta un vuoto rinvio a un principio che il diritto penale non ha ancora elaborato sulla base del riformulato art. 117 Cost., limitando il nostro ordinamento al tratto identificativo del diritto civile, cfr. TIEDEMANN K., *Clausole generali nel diritto penale dell'economia sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2011.

⁴³ Seppure in altro settore dell'ordinamento penale appare decisiva l'analisi sull'effettività della fattispecie di un reato e della sua plausibilità quantitativa svolta da MANTOVANI F., *Lineamenti della tutela del patrimonio artistico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1976, pag. 77.

ristretta in cui gareggiano le imprese per assicurarsi una commessa ovvero quella che si registra nel segmento di mercato di un determinato genere merceologico ovvero ancora quello che riguarda in maniera indeterminabile l'intero mercato di beni e servizi? La quantificazione ponderale della concorrenza, che nel caso in esame fa scattare soltanto la condizione di procedibilità, deve essere valutata rispetto all'intero mercato? Occorre prendere in considerazione solo il mercato interno o anche quello continentale e addirittura internazionale alla luce delle fonti che ne legittimano l'esistenza? E con quali strumenti di valutazione e quantificazione?

Un contributo importante su questo tema può essere considerato questo costituito dal "Codice della concorrenza" adottato e presentato dall'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* il giorno 8 marzo 2017, proprio a ridosso della modifica legislativa del delitto di corruzione privata in commento⁴⁴. Il particolare interesse che riveste questa che deve essere considerata una vera e propria fonte del diritto è l'aver conferito una dimensione normativa a semplici situazioni di fatto che, diversamente, non avrebbero rivestito alcun carattere vincolante o quantomeno di riferimento, come valore e contenuto prescrittivo, al concetto economico di concorrenza piuttosto che nozione giuridica. Ed infatti, il merito dell'iniziativa dell'Autorità Garante è di aver riconosciuto attraverso uno strumento regolamentare la fondatezza giuridica e, per questa via, vincolante di situazioni rilevanti per il diritto che non erano mai fino a questo momento assurte a dignità di fonte normativa. L'entrata in vigore di questo ampio e articolato corredo normativo, soprattutto per il punto 7 -*Procedimento in materia di intese e abusi*- intesse una fitta trama di ipotesi di atti lesivi della concorrenza che certamente non possono sfuggire all'efficacia del paradigma penalistico.

Il tema della fonte di riferimento in materia di concorrenza proprio con riguardo al Codice della concorrenza è destinato a incrementare l'interesse del giuspenalista, soprattutto per imbrigliare la dimensione della norma penale sulla corruzione tra privati, in modo da scongiurare forme di *gigantismo normativo*, ma soprattutto per calibrare la giusta ricaduta applicativa del delitto in esame. Appare del resto egualmente importante verificare la legittimità del fondamento normativo che fa da raccordo tra precetto penale e fonti gerarchiche diverse da quelle ordinarie, seppure di produzione "alta". Questo è il tema della modernità nel nostro ordinamento giuridico che nel tempo si è articolato con presidi normativi periferici che svolgono un ruolo precettivo autonomo nell'ambito del precetto della norma penale, con tutti i conseguenti dubbi di stretta legalità che si nutrono sulle ipotesi di integrazione spuria della fattispecie incriminatrice.

3.8. *Il riflusso normativo dell'infedeltà come unico bene giuridico*

Il punto centrale su cui ruota la nuova fattispecie e che per intero ne ha assorbito il giudizio di disvalore, una volta venuto meno il requisito di sussistenza del no-

⁴⁴ Il *Codice della concorrenza* è integralmente pubblicato sul sito www.agcm.it.

cumento, è costituito dalla “*violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà*”⁴⁵. Da questo punto di vista occorre dire che la corruzione nel settore privato presenta importanti sintonie con il delitto di *Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio* rubricato all’art. 319 del codice penale, poiché appare decisamente orientato alla tutela del dovere di fedeltà, in quel caso dei pubblici impiegati.

La nuova formulazione del reato di corruzione tra privati contempla due diverse condotte alternative, dove la prima, gli *obblighi inerenti al loro ufficio*, è agganciata a precise prescrizioni normative o contrattuali che regolano la vita e i rapporti interni tra persone fisiche e gli organi costitutivi preposti alla gestione dell’ente privato come *corporate governance*. Dunque, discipline di carattere generale regolarmente adottate ovvero deliberati approvati e sindacati dagli organi di controllo interni, quali potrebbero essere le linee di strategia aziendale e industriale concordate dagli organi collegiali dell’amministrazione e delegati per la loro esecuzione alle persone fisiche che svolgono funzioni direttive e che esercitano i poteri di gestione.

Il caso più controverso, tuttavia, è quello che investe gli *obblighi di fedeltà* che, nella loro generica enunciazione, non solo sfuggono a un livello normativo che ne garantirebbe l’oggettiva consistenza, ma sono anche sforniti di sufficienti criteri identificativi per circoscriverne i confini che, al contrario, restano aperti, fino al punto da consentire l’accesso a concetti di tipo soggettivo o moraleggiante⁴⁶. È pur vero che la presenza dell’art. 2105 c.c. potrebbe consentire una sufficiente identificazione della categoria degli obblighi, ma la generica enunciazione priva di specificità lo stesso vincolo prescrittivo: “Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’imprenditore, né divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio”.

Si tratta appunto di categorie di obblighi la cui indicazione carente di tassatività non può essere sufficiente a garantire il rispetto della legalità formale richiesta dalla norma penale. Un profilo emerge tuttavia come interessante ed è il concetto declinato di concorrenza che, in una visione sistematica della materia, contribuisce a individuare il ristretto contesto in cui si pone la questione della concorrenza, svincolandone la nozione da quella di mercato in generale.

⁴⁵ La puntualizzazione della categoria degli autori del reato indicate nelle figure direttive dell’ente privato e l’eliminazione del nocumento, il cui referente di valore era il patrimonio, spinge la norma verso un approdo teleologico inafferrabile, cfr. MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni e reflussi illiberali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1995, pag. 343.

⁴⁶ Come per l’ipotesi abrogata anche per quella attualmente vigente si pone la medesima questione affrontata negli stessi termini da MELCHIONDA A., *Corruzione tra privati cit.*, pag. 2701. Il modestissimo numero di sentenze sulla corruzione tra privati non consente di delineare una casistica di atti definiti infedeli né esistono elementi indetificativi sulle connotazioni dei comportamenti infedeli, salvo quanto esaminato dalla Suprema Corte che ha stabilito: “L’atto il cui compimento o la cui omissione integra il delitto di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità può essere costituito anche da un parere ovvero dal voto espresso ai fini della formazione della delibera di un organo collegiale della società” (Cass.pen. Sent. n. 5848 del 6 febbraio 2013, in *www.cassazione.it*).

Nel caso invece della corruzione di un pubblico funzionario è agevole individuare l'obbligo di fedeltà violato, non solo per l'esistenza di precise fonti, quali atti amministrativi oltre che legislativi, ma per l'impegno che assume al momento dell'entrata in servizio e il possesso del ruolo attraverso il giuramento, come stabilisce l'art. 54 Cost.: "Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge". Appare dunque chiaro che il panorama entro cui individuare la violazione del dovere di fedeltà in questo caso è chiaramente evidenziato da fonti certamente affidabili per il proprio contenuto. Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici varato come fonte regolamentare con il DPR 16 aprile 2013, n. 62 assume quella necessaria funzione normativa e prescrittiva in grado di delineare con precisione quei contenuti del dovere di fedeltà cui implicitamente la norma sulla corruzione pubblica rinvia e che ne garantisce il necessario livello di tassatività⁴⁷. Il quadro prescrittivo viene completato con il Regolamento ministeriale applicativo della legge 7 agosto 2015, n. 124 dove sono specificamente enumerati i casi che qualificano la correttezza e la fedeltà ai doveri del pubblico ufficio.

La condotta della corruzione tra privati, invece, sul punto del dovere di fedeltà, resta generica e, dal momento che non si cumula con i doveri d'ufficio ma ne è disgiunto, vivendo di autonoma funzionalità, appare veramente arduo coglierne il senso compiuto, prescindendo da valutazioni che potrebbero essere del tutto arbitrarie. In questo senso proprio l'arbitrio potrebbe integrare paradossalmente il significato di fedeltà che non è solo conformazione del proprio comportamento ad astratti impegni morali ma anche, ad esempio, rispetto della finalità aziendale in linea con l'oggetto sociale. E se l'amministratore delegato eludesse il vincolo di fedeltà per il conseguimento di un più lucroso affare che non è stato esaminato nella strategia dagli organi dell'ente privato e che allo stesso tempo salva dal dissesto l'impresa anche se ne compromette l'immagine sul mercato, come deve essere considerata questa diversione decisamente vantaggiosa ma infedele? E per fedeltà si deve intendere anche la violazione di un accordo concluso con azienda concorrente quando si possa conseguire un grosso vantaggio economico che esclude l'altra?

Sono interrogativi che pesano sulla sostanziale differenza tra obblighi etici e obblighi giuridici e, dunque, sul criterio selettivo dei contenuti che costituiscono la fonte dell'obbligo.

3.9. La corruzione tra privati commessa per interposta persona

Nella vecchia disciplina non era stata prevista la punibilità del soggetto intermediario quando si agisse per interposta persona. Oggi l'ipotesi dell'intermedia-

⁴⁷ Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici è pubblicato in G.U. 4 giugno 2013, n. 129. BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, I, 1, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, II ed, Cedam, Padova, 2013, pag. 277.

zione viene esplicitamente prevista nel primo comma dell'art. 2635 c.c., precisando il ruolo dell'interposto nel primo comma in caso di corruzione attiva, nel terzo comma nell'ipotesi di corruzione passiva.

Questa previsione è l'adempimento più conforme alla Decisione quadro anche se, alla luce della normativa nazionale, essa appare superflua o quantomeno inutilmente ridondante. In effetti, il nostro codice penale nella sua parte generale disciplina l'ipotesi del concorso di persone nel reato che avrebbe comunque regolato l'ipotesi di responsabilità dell'interposto come vero proprio concorrente *extraneus* al delitto ma possibile intraneo all'azienda. Volendo riflettere sul punto, infatti, attraverso questa formulazione legislativa si potrebbe giungere a chiarire le ragioni per cui il soggetto che svolge funzioni diverse da quelle direttive entra a far parte, seppure non esplicitamente indicato, della platea dei corruttibili.

A ben vedere quel vuoto normativo che sembrava esistere circa la mancata previsione di qualifiche diverse da quelle dirigenziali e che abbiamo sopra giustificato con il fine di tenere indenne la persona giuridica da responsabilità derivanti da trattative illecite di modesto rilievo, viene colmato dall'esistenza di questa norma che stabilisce un vero e proprio concorso di persone nella corruzione, sia essa attiva o passiva. Il collegamento è tenuto tuttavia su di un "piano alto" e quindi oltre le mansioni di tipo esecutivo, perché anche il soggetto terzo intermediario concorre nella corruzione attraverso l'esercizio di una funzione direttiva di pertinenza di altri, ma comunque chiamata a stabilire un preciso disvalore significativo e non trascurabile.

3.10. *Il dolo specifico come elemento soggettivo del fatto corruttivo*

L'elemento soggettivo del fatto nella nuova fattispecie acquista una dimensione del tutto inedita e certamente non priva di rilievi problematici.

La disposizione abrogata si caratterizzava a titolo di dolo generico, in quanto la volontà della condotta era rivolta a cagionare un nocumento alla società per mezzo di un atto corruttivo che fosse consistito nella violazione di obblighi di fedeltà.

Nella nuova fattispecie invece si prevede che l'accordo corruttivo, o quantomeno la trattativa corruttiva, sia concluso, per un fine ulteriore consistente nel compiere od omettere un atto infedele, delineando in questo modo la figura del dolo specifico. La presenza dell'eventuale evento ulteriore rappresenta una sicura novità rispetto alla precedente fattispecie, anche se la novità riposa sul fatto che in questo modo non è colpito il fatto corruttivo ma solo se questo si appalesa con la conseguente prospettiva di finalizzazione della condotta. Si tratta senza alcun dubbio di una riduzione dell'area del penalmente rilevante, non solo rispetto alla vicenda corruttiva ma soprattutto rispetto alla distorsione della concorrenza.

Il ricorso da parte del legislatore all'uso in termini riduttivi dell'elemento psicologico finisce inevitabilmente per coinvolgere le ragioni di politica criminale e depotenziare il livello della risposta punitiva che negli ultimi propositi riformatori si voleva alto e allo stesso tempo efficace per garantire l'assetto delle corrette condizioni di mercato, assicurato dalla libera e incondizionata concorrenza.

4. *Il caleidoscopio sanzionatorio*

Altro aspetto fortemente innovativo e allo stesso tempo problematico rispetto alla fattispecie modificata è il corredo sanzionatorio, nuovo, articolato e complesso, che presenta il nuovo delitto di corruzione tra privati, nella forma delle pene principali e di quelle accessorie, ma soprattutto di quelle patrimoniali (si legga confisca), anche sotto il profilo di tipo cautelare. Non bisogna farsi ingannare dal livello della pena edittale e pensare a un reato di modesta gravità, poiché il disvalore sanzionatorio si deve cogliere nel complesso delle sanzioni applicabili che non appare per nulla trascurabile circa la sua portata.

In primo luogo, viene prevista senza alcuna ragione evidente la reclusione da 6 mesi a 3 anni, riducendo il minimo edittale che precedentemente era stabilito in un anno. Questa riduzione del minimo acquista un valore importante sotto il profilo della dissuasività e della deterrenza, in quanto il potenziale punitivo inevitabilmente viene ridotto, aprendo la strada all'inevitabile ampliamento dei limiti di accesso a riti alternativi e, ad esempio, alla non punibilità per la particolare tenuità del fatto, oltre che alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

In controtendenza rispetto a questa dequotazione del livello della pena detentiva, invece, si presenta il significato sanzionatorio della pena accessoria e della pena patrimoniale, anche sotto la forma di misura di sicurezza ablativa, di cui si dirà più innanzi. La verità è che la modesta misura della pena detentiva e le possibili diversioni processuali non sembrano possano produrre quegli effetti sperati di tipo general-preventivo e intimidativo che la normativa internazionale si proponeva.

Il nuovo decreto legislativo introduce con l'art. 2635-ter c.c. anche le *Pene accessorie*: "La condanna per i reati di cui all'articolo 2635 e all'articolo 2635-bis importa in ogni caso l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese di cui all'articolo 32-bis del codice penale"⁴⁸.

Anche la pena accessoria è chiamata a svolgere un ruolo sistematico significativo nel raccordare questo micro-sistema al codice penale e nel rinviare alla norma che punisce più severamente chi svolge attività direttive, nello stesso senso della categoria esclusiva dei soggetti agenti individuati nella relazione corruttiva.

4.1. *La rafforzata responsabilità della persona giuridica nella colpa di organizzazione*

La responsabilità amministrativa della persona giuridica o dell'ente privato è chiamata pesantemente in causa dalla nuova più ampia disciplina, peraltro, in questo caso la responsabilità è limitata all'ente del quale è vertice apicale o dipendente

⁴⁸ Si ricorda che l'art. 32-bis c.p. *Interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese*, stabilisce che: "L'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese priva il condannato della capacità di esercitare, durante l'interdizione, l'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'imprenditore. Essa consegue ad ogni condanna alla reclusione non inferiore a sei mesi per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio".

il corrotto. Si tratta, infatti, unicamente della corruzione passiva che viene consumata nell'interesse della persona giuridica di cui si è posti agli uffici direttivi. Al terzo comma della nuova norma è, infatti, previsto che: "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".

Per quanto invece concerne la responsabilità amministrativa della persona giuridica di appartenenza nel cui interesse si agisce, l'art. 25-ter alla lett. s-bis), aggiunto con l'art. 1, c. 77, lett. b) della legge n. 190 del 6 novembre 2012, prevedeva: "Per il delitto di corruzione tra privati, nei casi previsti dal terzo comma dell'articolo 2635 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote". Con la disciplina vigente la sanzione viene incrementata passando alla forbice compresa tra duecento e seicento quote.

Sul punto è interessante rilevare che il legislatore era tuttavia ritornato sul catalogo dei reati presupposti nel D.lgs. n. 231/2001, introducendo un'importante innovazione nell'indicare senza alcuna restrizione categoriale: "i reati in materia societaria"⁴⁹. La modifica non è stata di poco conto, perché il semplice richiamo all'intera categoria dei reati previsti dal codice civile trova il suo discrimine, se ne prevede l'applicazione, soltanto per i reati commessi dell'interesse dell'Ente, sia come utilità diretta sia indiretta.

Questa nuova disciplina dovrebbe, ad esempio, risolvere il rebus ermeneutico dell'applicazione della responsabilità amministrativa agli enti dove sia stato consumato il delitto di infedeltà patrimoniale, di cui all'art. 2634 c.c. e a questo punto, riteniamo, anche delitto previsto al primo comma dell'art. 2635 c.c. quando il vantaggio nella corruzione attiva possa essere stato conseguito anche indirettamente nell'interesse della società.

Si tratta, dunque, di un vero e proprio potenziamento della colpa di organizzazione da imputare alla persona giuridica che dovrà a questo punto predisporre un modello organizzativo tale da prevedere in maniera puntuale i doveri di fedeltà cui i dirigenti dovranno conformarsi, come viene rimarcato dai nuovi requisiti di tipicità del fatto. La nuova norma pone, infatti, una questione sulla fonte dell'obbligo da cui far dipendere le condizioni della condotta conformativa che dimostri fedeltà e lealtà nello svolgimento delle relazioni aziendali, all'interno e con terzi. Un modello organizzativo che non sia evasivo, generico ma che svolga la funzione di esentare dalla responsabilità amministrativa l'ente deve stabilire prescrizioni specifiche, come del resto esiste per il settore pubblico attraverso regolamenti o ancora fonti gerarchiche di natura normativa.

Ricorre, in definitiva, un tassativo dovere di previsione da parte dell'ente di una fonte di obbligo chiara e scritta ovvero che possa rinviare anche ad altre fonti prescrittive, sempre nell'ambito delle decisioni degli organi direttivi dell'ente, e che determinino un preciso contenuto normativo e vincolante dei doveri di fedeltà.

⁴⁹ AMARELLI G., *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in www.legislazionepenale.eu, pag. 10.

5. *La misura camaleontica della confisca per equivalente come ipotesi di "ragnatela ablativa"*

Appare, invece, molto più efficace della pena detentiva la misura cautelare del sequestro prima e della confisca poi che per questa specifica ipotesi di reato appare potenziata al punto da imporre alla prassi di intervenire per conferire razionalità a un settore che va ben oltre la proporzionalità punitiva. Ed infatti, con la legge n. 202 del 29 ottobre 2016⁵⁰ sono state profondamente incise due disposizioni normative in materia di confisca, chiamate in questo modo a concorrere, come vedremo, nella loro concreta applicazione.

Questa innovazione normativa, costituita in sostanza dall'introduzione di un sesto comma all'art. 2635 c.c., stabiliva: "Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse". È accaduto, dunque, che con la modifica della struttura normativa della corruzione, in particolare in punto di condotta, il legislatore è stato chiamato ad intervenire nuovamente sul sesto comma, aggiungendo il segmento dell'"offerta" alle precedenti ipotesi: "utilità date, promesse o offerte".

Ormai è dato comune che la confisca presenta una molteplicità di profili e con essi una varietà di contesti applicativi tanto da assumere una diversificata natura giuridica. Pur rimanendo la misura ablativa per eccellenza (anche se in realtà si può parlare di un vero e proprio diritto di espropriazione di cui è titolare il Magistero punitivo in materia penale), il regime giuridico e normativo che accompagna la confisca è variegato al punto da spaziare attraverso il caleidoscopio punitivo da misura di prevenzione, misura di sicurezza, pena, priva però di una coerente e convincente sistematica (basti riflettere sul carattere rieducativo).

Nell'ipotesi della corruzione tra privati e per il fatto della mancata originaria collocazione della fattispecie nella sua sede naturale, ormai il delitto dell'art. 2635 c.c. è assistito (e direi punito) con una molteplicità di forme di confisca, oltre alla pena detentiva del tutto scavalcata dalla più efficace e deterrente pena patrimoniale. Profili controversi anche per quanto riguarda il diritto di priorità della pena pecuniaria (naturalmente non sottoposta a sospensione condizionale) su quella patrimoniale e in quale misura e a quali condizioni l'una precede l'altra, atteso il silenzio della legge sulla complessa questione.

Resta tuttavia irrisolta l'insondabile ragione per cui il legislatore (forse) non si è avveduto della contemporanea applicabilità delle diverse forme di confisca alla concreta ipotesi di reato, considerata anche la loro diversa natura giuridica. Va detto, infatti, che la legge che dà attuazione alla direttiva euro-unitaria 2014/42/UE non si limita soltanto a ribadire che per la corruzione tra privati esiste la misura ablativa speciale del medesimo settore legislativo *-ratione materiae-* della confisca discipli-

⁵⁰ Si tratta del Decreto Legislativo 29 ottobre 2016, n. 202 "Attuazione della direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea", in G.U. n. 262 del 9 novembre, 2016.

nata all'art. 2641 c.c., ma interviene, ampliandone contenuto e portata applicativa, anche sulla misura di sicurezza della confisca prevista all'art. 240 c.p. e su quella detta "di valore" dell'art. 12-*sexies* della legge n. 356 del 7 agosto 1992. Dunque, una vera e propria "ragnatela ablativa" che, conferendo una portata di efficacia inusitata all'intervento del giudice, appare del tutto sproporzionata rispetto al fine. E si badi che il possibile ricorso alla misura finale potrebbe essere anche compromesso dall'inevitabile concorso per interferenza tra le misure delle varie forme di sequestro attuabili. Non può essere sottovalutato che la persona offesa del delitto di corruzione tra privati possa azionare il sequestro preventivo e poi in fase di rinvio a giudizio il sequestro conservativo per garantirsi il risultato risarcitorio. In questo modo gli effetti combinati di tutti questi istituti concorrenti, tra processuali e sostanziali, potrebbero indurre contrasti applicativi e vanificare l'intenzione legislativa. La mancanza di un coordinamento sistematico, coerente, cronologico e logico può mettere in crisi un sistema composito di strumenti di penalità che diverrebbero del tutto simbolici.

E allora, il primo punto di collisione normativa espressa si ritrova tra l'art. 3 e l'art. 5 del D.Lgs. n. 202/2016 dove nella prima disposizione l'art. 2635 c.c. viene rinviato per il provvedimento di confisca all'art. 2641 c.c.⁵¹ e con la successiva disposizione citata il delitto di corruzione tra privati viene rinviato in punto di confisca all'art. 12-*sexies* della legge n. 356/1992⁵². Quale delle due ipotesi sarà immediatamente applicabile in questo possibile concorso materiale di misure? Per ragioni di coerenza dell'oggetto si dovrebbe ritenere prevalente l'art. 2641 c.c., trattandosi di un segmento punitivo del medesimo settore legislativo in una logica

⁵¹ Art. 2641 c.c. - *Confisca*: "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 dei 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".

⁵² Con l'introduzione della "confisca allargata" operata con le modifiche al c.d. Codice antimafia non erano state inserite delle figure di reato che invece comparivano nei lavori parlamentari, tra cui proprio la corruzione tra privati dell'art. 2635 c.c. Vi era stato sulla questione un deciso intervento del Capo dello Stato che richiedeva di ripristinare il testo parlamentare. Rimedio attuato con la Legge 4 dicembre 2017, n. 172 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili", in G.U. n. 284 del 5 dicembre 2017 che stabilisce con l'art. 13-*ter* "Modifica delle disposizioni sulla confisca, a tutela della trasparenza societaria": "Il comma 1 dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, è sostituito dal seguente: "1. Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti (.....) dall'articolo 2635 del codice civile (.....) è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge (.....)".

di sistema. Tuttavia, quando si legge il contenuto di questa norma si palesa un'altra sorpresa, poiché la disciplina rinvia all'art. 240 c.p., ossia all'ipotesi della confisca come misura di sicurezza patrimoniale, che è stata parimenti modificata dalla lettera a) dell'art. 2 dello stesso D.Lgs. n. 202/2016 di cui stiamo trattando⁵³. Ne deriva l'inevitabile sovrapposizione di due misure che hanno l'una natura di confisca per equivalente come pena, l'altra come confisca diretta sul prodotto e il profitto ma non il prezzo che è il tipico corrispettivo dell'atto corruttivo.

Si aggiunga, inoltre, che potrebbe intervenire anche l'applicazione di una confisca di valore o estesa attraverso l'art. 12-*sexies*. E non si intravedono ragioni per stabilire una precisa scala di priorità o di specialità, poiché tutte le confische sono equo-applicabili. Si può soltanto auspicare che la prassi provvederà a diversificare l'applicazione delle confische, in considerazione della diversa struttura del fatto punibile ossia se questo si limita alla trattativa corruttiva o si concretizza come negozio corruttivo compiuto. Non si può nemmeno escludere che la confisca applicabile dipenda dalla natura della condotta offensiva, se sia di sola infedeltà o trasmodi nella distorsione della concorrenza, per cui una confisca "privata" nel primo caso; una confisca con vocazione "pubblicistica" nel secondo.

Resta tuttavia nell'ombra, seppure evocata nei suoi contenuti dalla nuova disciplina, la confisca dell'art. 322-*ter* c.p. l'unica che per affinità di materia doveva essere indicata come ausiliaria dell'ipotesi di incriminazione, perché esattamente adeguata al disvalore effettivo della condotta corruttiva. Questo salto di perimetro normativo sarebbe inoltre giustificato anche dalla presenza di un interesse offeso che si radica nella sfera di un pubblico interesse, certamente prevalente sull'interesse di un settore economico privato.

Un sovraccarico di penalità il cui ordine potrà essere assegnato soltanto dalla stratificazione della prassi giudiziaria, ma dove continua a regnare un fantastico disordine concettuale tra fattispecie cautelari e poi ablative che risalgono a esigenze e scelte politico criminali confuse e dove la discrezionalità giudiziaria rischia di mettere in crisi la solidità delle garanzie della legalità formale che assicura il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

In buona sostanza, nell'attuale versione, l'opzione legislativa accolta sembra tracciare che l'asticella della risposta sanzionatoria si trovi ben al di sopra di quel limite di proporzione della gravità del fatto, un soverchio carico di rimprovero che non si allinea per nulla con il limite di colpevolezza normativa che informa il nostro Statuto penale costituzionale, fondamento di sistema delle garanzie individuali.

PASQUALE TRONCONE

⁵³ Art. 240, II comma, numero 1-*bis*), c.p. - *Confisca*: "nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti".

€ 40,00

