

La corruzione tra privati. Tra circolarità e autonomia

Alice Caputo

SOMMARIO: 1. Corruzione: definizione ed evoluzione tra polivalenza e transnazionalità. – 2. Verso una maggiore rilevanza della corruzione tra privati tra diritto interno, diritto dell'UE e diritto internazionale. – 3. Il nuovo articolo 2635 c.c. dopo la legge 6 Novembre 2012, n. 190. – 4. La novità 2017. – 5. Osservazioni conclusive.

C'era un paese che si reggeva sull'illecito. Non che mancassero le leggi, né che il sistema politico non fosse basato sui principi che tutti più o meno dicevano di condividere. Ma questo sistema, articolato su un gran numero di centri di potere, aveva bisogno di mezzi finanziari smisurati (ne aveva bisogno perché quando ci si abitua a disporre di molti soldi non si è più capaci di concepire la vita in altro modo) e questi mezzi si potevano avere solo illecitamente, cioè chiedendoli a chi li aveva in cambio di favori illeciti. Ossia, chi poteva dare soldi in cambio di favori, in genere aveva già fatto questi soldi mediante favori ottenuti in precedenza; per cui ne risultava un sistema economico in qualche modo circolare e non privo della sua autonomia. Nel finanziarsi per via illecita, ogni centro di potere non era sfiorato da alcun senso di colpa, perché per la propria morale interna, ciò che era fatto nell'interesse del gruppo era lecito, anzi benemerito, in quanto ogni gruppo identificava il proprio potere con il bene comune; l'illegalità formale, quindi, non escludeva una superiore legalità sostanziale.

ITALO CALVINO, *La coscienza a posto. Apologo sull'onestà del paese dei corrotti*

1. *Corruzione: definizione ed evoluzione tra polivalenza e transnazionalità*

Uno dei nodi fondamentali, quando si parla e si esamina un fenomeno a largo raggio di azione con conseguenze diversificate ed evoluzioni imprevedibili come la corruzione, è cercare una definizione pacifica e granitica che possa valere in molte circostanze e in diversi ambiti applicativi, tra cui i vari ordinamenti giuridici. La prima difficoltà nasce dalla non scontata constatazione che il termine corruzione è una parola polivalente. Come qualsiasi termine usato per descrivere complessi fenomeni umani, il termine corruzione identifica un concetto istintivamente comprensibile, ma difficile da articolare completamente. Etimologica-

mente, la parola corruzione può essere associata al termine latino «corrompere» che significa «rompere». È interessante notare come comportamenti e condotte corruttive e corrotte producano una rottura: della fiducia, della buona fede, della trasparenza, della concorrenza, dell'affidamento, della distribuzione delle ricchezze, del buon uso del potere, della cosa pubblica come interesse generale e come interesse particolare, in particolare a riguardo dell'economia. Traslare tutto ciò in una definizione legale universalmente accettabile è piuttosto difficile. L'*United National Office on Drugs and Crime*¹ ha precisato che non c'è una sola comprensiva definizione universalmente accettata di corruzione e che il tentativo di sviluppare una definizione internazionale incontra problemi giuridici e criminologici e, in alcuni paesi, anche politici. L'*UNODC* preferisce così identificare le sue particolari forme di manifestazioni includendovi: corruzione in senso ampio, appropriazione indebita, furto, estorsione, abuso di informazioni segrete o privilegiate, favoritismi, nepotismo e clientelismo, oltre a condotte che creano o incoraggiano conflitti di interesse e vantaggi politici impropri. A ben vedere, in questo grande calderone, vi rientrano forme di manifestazione che nel nostro codice penale costituiscono reati diversi rispetto alla corruzione in senso stretto tipizzata dal nostro legislatore agli artt. 318 e seguenti del c.p.

Del resto, è anche evidente che il fenomeno della corruzione è sempre associato alla sfera pubblica. La definizione proposta dalla Banca mondiale² definisce la corruzione come: «*The abuse of public power for private gain*». Generalmente, infatti, vi è un interesse diffuso verso la corruzione pubblica, mentre minore rilevanza viene data alla corruzione tra privati in ambiti prettamente privatistici, come accordi e contratti economici tra privati nazionali e transnazionali. La ragione è di tutta evidenza: la corruzione è un fenomeno particolarmente intollerabile quando riguarda la sfera pubblica, con la lesione di interessi generali per interessi privati, mentre è da sempre diffusa l'idea che negli interessi e negli accordi privati non vi debbano essere ingerenze o limitazioni di sorta.

In verità, da qualche decennio lo scenario sta lentamente, ma decisamente, cambiando: la corruzione tra privati è tipizzata in numerosi ordinamenti giuridici costituendo un reato perseguito spesso d'ufficio, mentre a livello internaziona-

¹ L'accordo più completo in tema di contrasto al fenomeno della corruzione è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione *UNCAC: United Nations Conventions Against Corruption* adottata a Merida nel 2005. Tale Convenzione segue un approccio di contrasto al fenomeno di ampio raggio e rinuncia ad offrire una definizione univoca ed unitaria di corruzione, data la disparità di definizioni accolte negli ordinamenti interni. Pertanto, la suddetta Convenzione definisce un'ampia serie di condotte di cui agli Stati impone o richiede la criminalizzazione. Cfr. in questo senso, l'*United Nations Office on Drugs and Crime, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, Vienna, 2006.

² La stessa definizione è riportata dal «*Report from the Commission to the Council and the European Parliament*» COM (2014) 38 finale 3.2.2014 denominato *EU Anticorruption Report* e reperibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/doc_centre.

le si sta avvertendo la necessità e la possibilità di criminalizzare le ipotesi di corruzione negli accordi economici internazionali. Si tratta di una prospettiva privatistica della corruzione che sta conquistando la sua rilevanza, in quanto anche dietro strumenti tipicamente ascrivibili alla sfera dell'autonomia economica privata, sono sottesi interessi di tipo generale. Del resto, i fenomeni corruttivi in ambito economico, spesso, portano ad inefficienze e danni del tessuto economico, con conseguenze di ampia portata sulla collettività, non solo negli ambiti nazionali ma anche, e soprattutto, in ambito transnazionale, quando si tratta, infatti, di corruzione in accordi economici di vasta portata, con confini allargati. Di certo, le prospettive economiche della corruzione sono sempre più rilevanti e non più trascurabili³. Pertanto, di seguito cercheremo di intravedere le future prospettive di queste brevi considerazioni esaminando la situazione attuale e le esigenze sul tappeto.

2. *Verso una maggiore rilevanza della corruzione tra privati tra diritto interno, diritto dell'UE e diritto internazionale*

Diverse sono le ragioni alla base della crescente importanza che sta acquisendo, con il tempo, la corruzione tra privati nei vari ordinamenti interni e, soprattutto, negli ordinamenti sovranazionali. Infatti, le numerose convenzioni internazionali e gli interventi altrettanto rilevanti del legislatore europeo⁴ hanno, da una parte, sollecitato l'introduzione, nei vari ordinamenti interni, del reato di corruzione tra privati, e dall'altra parte, hanno creato una sorta di riferimento minimo che le condotte tipizzate dovrebbero contenere, in modo da creare una minima uniformità nella lotta alla corruzione su larga scala⁵. Di certo, l'estendersi

³ Basti pensare che già l'importante Convenzione OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali firmata a Parigi nel 1997, la quale mira a tutelare gli interessi di esclusiva natura economica, tra i quali, gli investimenti all'estero e la concorrenza, contiene nel suo preambolo un esplicito riferimento alla minaccia della corruzione. Inoltre, la misurazione dell'impatto macroeconomico della corruzione è piuttosto difficile, ma certamente si tratta di un impatto di rilievo come sottolineato nell'*EU Anticorruption Report*, 3, nel quale si evidenzia che: «... *Corruption is a major obstacle to sustainable economic, political and social development as it*».

⁴ Tra le varie convenzioni si ritrovano: la *Inter-American Convention against Corruption*, del 29 marzo 1996 dell'Organizzazione degli Stati Americani; la *Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of member States of the European Union*, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 26 maggio 1997, la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, adottata dall'OCSE il 21 novembre 1997, la *Criminal Law Convention on Corruption e dalla Civil Law Convention on Corruption*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa rispettivamente il 27 gennaio e il 4 novembre 1999 e la *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, adottata dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione Africana il 12 luglio 2003.

⁵ Per una ricostruzione degli interventi normativi a livello sovranazionale, cfr. V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012. Per quanto riguarda, specificatamente, il diritto

dell'importanza della corruzione tra privati ha conosciuto un percorso di sviluppo inverso rispetto allo sviluppo della corruzione pubblica. Interessante è ricordare la definizione della corruzione passiva nel settore privato offerta dall'Azione comune del Consiglio d'Europa⁶ all'art. 2 della stessa: «Ai fini della presente azione comune vi è corruzione passiva nel settore privato quando una persona nel quadro delle sue attività professionali intenzionalmente sollecita o riceve, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, ovvero accetta la promessa di tale vantaggio per sé o per un terzo, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere».

La stessa Azione comune del Consiglio d'Europa del 1998 offre, contemporaneamente, all'art. 3 una definizione di corruzione tra privati attiva che si riscontra quando un soggetto intenzionalmente promette, offre o concede, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, nel quadro delle attività professionali di tale persona, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere. Per di più il comma due degli artt. 2 e 3 della Azione Comune prevedono che, sia per la corruzione attiva che per la corruzione passiva, tra le condotte rientranti nella definizione di corruzione tra privati debbano rientrare quelle che: «Comportano o possono comportare distorsione di concorrenza come minimo nell'ambito del mercato e producono o possono produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto». Quanto ai soggetti, veniva in considerazione «qualsiasi dipendente o altra persona nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato».

Interessante è notare, inoltre, che, tra i beni tutelati dalla disciplina dell'Azione Comune del Consiglio d'Europa del 1998, vi sono primariamente la tutela della libertà e della lealtà della concorrenza, del patrimonio di terzi, tra i quali: concorrenti, consumatori, imprenditori, datori di lavoro e soggetti individuali in senso ampio⁷. Allo stesso modo, la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 ha previsto la corruzione attiva nel settore privato tipizzata come «il fatto di chi promette, offre o concede, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad una persona che dirige o esercita una qualunque attività lavorativa per un'impresa privata, destinato alla stessa persona o ad un terzo, per il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei suoi dove-

europeo, cfr. A. Castaldo, *Corruzione privata e tutela penale del sistema economico in Europa*, in Aa.Vv., *Diritto penale europeo. Spazio giuridico e rete giudiziaria*, a cura di N. Bartone, Padova 2001.

⁶ Si tratta dell'Azione Comune del Consiglio d'Europa del 22 dicembre 1998 *Joint Action on Corruption in the private Sector of 22 december 1998*, pubblicata in GUCE, l. 358 del 31 dicembre 1998.

⁷ Si veda J.L. De La Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in Aa.Vv., *La corruzione tra privati*, Milano, 2003, 68.

ri». E la corruzione passiva nel settore privato come fatto di «chiunque, il quale dirige o esercita una qualunque attività lavorativa per un'impresa privata, richiede o riceve un indebito vantaggio, direttamente o indirettamente, o la promessa di esso per sé o un terzo o ne accetta l'offerta o la promessa, per il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei suoi doveri». Lo schema di incriminazione, come osservato, risulta così ampio da non restringersi alla sola classica corruzione pubblica, valorizzando anche il contrasto alla corruzione tra privati, da considerare quindi, sempre più, come fattispecie penalmente rilevante. Tra le ragioni della crescente rilevanza della corruzione privata, come fenomeno da contrastare adeguatamente, bisogna, soprattutto, ricordare il processo di privatizzazione che ha interessato, negli ultimi decenni, le società pubbliche e la conseguente riduzione dei soggetti (pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio) ai quali potessero essere ricondotte le norme previste dal codice penale per i reati di corruzione nella pubblica amministrazione⁸. Inoltre, anche in ambito europeo la decisione quadro n. 2003/568/GAI, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 22 luglio 2003, opera la scelta del bene da tutelare nella concorrenza. Tale decisione quadro è relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

Questo è il quadro normativo di riferimento a livello sovranazionale.

Nel nostro ordinamento interno, invece, la necessità di contrastare, tramite l'azione penale, la corruzione in ambito privatistico ha seguito un'evoluzione molto più lenta ed indecisa.

Una tale prospettiva è stata lungamente e duramente osteggiata in dottrina⁹ in quanto la rilevanza penale della corruzione tra privati veniva considerata una sorta di moralizzazione dell'attività imprenditoriale privata.

La carica di disvalore della corruzione tra privati non veniva considerata pregnante così come la corretta concorrenza del mercato, probabilmente, non era ancora considerata un bene socialmente rilevante. Tutto si circoscriveva alla sfera privata dell'economia, con nessuno, o pochissimo, impatto sulla collettività o sugli interessi generali. Su questo sfondo anche la tecnica normativa da dover seguire sembrava del tutto poco convincente.

È stato, infatti, osservato da attenta dottrina che, in merito alle figure di corruzione privata, così come configurate a livello europeo¹⁰, «sembrerebbe, in real-

⁸ Sull'influenza dei processi di privatizzazione di società pubbliche, che pertanto continuano a gestire un servizio pubblico privatizzato, nella criminalizzazione delle condotte afferenti alla corruzione privata nel nostro paese cfr. R. Acquaroli, L. Foffani, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in R. Acquaroli, L. Foffani (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 7.

⁹ In questo senso, A. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico criminali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2007, 834 ss.

¹⁰ A riguardo, ci si riferisce alla posizione espressa da E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 14 ss. Altre incertezze sono state espresse R. Zanotti, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamen-*

tà che, facendo proprie le sollecitazioni provenienti da varie istanze istituzionali, dalla Chiesa al Wtc, tese a regolare i rapporti all'interno del mercato alla luce dei principi etici correnti nella società, le citate nuove norme penali intendano perseguire un obiettivo di natura morale: e cioè quello di far svolgere, sotto la minaccia della sanzione penale, l'attività economica o d'impresa nel rispetto dei canoni etici predeterminati e comunque in vigore presso le moderne società industriali. Comunque, anche a prescindere da considerazioni di natura positiva, è l'idea stessa di proteggere penalmente la ipotetica moralità commerciale ad apparire del tutto insostenibile e per certi versi anche grottesca. Essa risulta intanto incompatibile, già in via di principio, con la funzione laica che al diritto penale è assegnata in uno Stato democratico».

La criminalizzazione di condotte afferenti alla sfera della corruzione tra privati, più che un'esigenza di tutela della concorrenza nel mercato, viene ad essere percepita, secondo questa lettura, come un'opera moralizzatrice dell'economia privata, che non dovrebbe essere interessata da così tale ingerenza, con un certo, evidente, iato di distanza con quanto, invece, emerso nella produzione giuridica sovranazionale.

Le fonti sovranazionali si sono, infatti, come già evidenziato, mosse da alcuni decenni su una direzione del tutto differente. In primo luogo, perché hanno individuato come bene giuridico rilevante la tutela della libertà della concorrenza intesa sia nella sua prospettiva collettiva e sovra individuale che nella sua prospettiva individuale. In secondo luogo, perché hanno sempre sottolineato la necessità di inserire negli ordinamenti interni norme penali contro la corruzione tra privati¹¹. Cosicché, pian piano, malgrado la concezione interna della non necessaria punibilità della corruzione tra privati al fine di non interferire nella sfera economica privatistica, sempre più ordinamenti dei vari paesi¹² hanno inserito, all'interno dei loro ordinamenti, fattispecie penali di corruzione privata.

Così, malgrado l'incertezza iniziale, in pochi anni, anche in Italia si sono così, necessariamente, superate le titubanze, arrivando nel 2002 ad introdurre, per la prima volta, la fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità all'art. 2635 c.c., la quale statuiva che: «Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sin-

to? *Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. Pen.*, 2005, 531 ss.; M. Pellisero, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 277. Al contrario cfr. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2009, 138, il quale sostiene che la concorrenza è una decisione di sistema che guadagna la funzione di principio generale dell'ordinamento e, pertanto, va tutelata.

¹¹ Nella Convenzione penale del Consiglio d'Europa del 1999 è precisato che: «*Criminalisation of bribery in the private sector seeks to protect the trust, the confidence and the loyalty that are indispensable for private relationships to exist*». Cfr. la traduzione italiana della Convenzione: <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2004/6253.pdf>.

¹² Tra i paesi Membri UE: Francia, Germania, Svezia, Spagna e dal 2002 anche l'Italia.

daci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità».

La tecnica normativa utilizzata per la descrizione della fattispecie incriminata ha degli aspetti interessanti. In primo luogo, è un reato proprio che può essere commesso solo da soggetti attivi ben determinati, legati a posizioni dirigenziali o di controllo della società, in secondo luogo vi deve essere nell'azione di compiere o omettere atti un legame con la violazione degli obblighi inerenti il loro ufficio. Infine, è un reato di danno, essendo richiesto il nocumento alla società. Nocumento alla società, che nella dottrina penalistica e nella giurisprudenza di merito, è stato interpretato sia in modo restrittivo che estensivo. In particolare, in senso restrittivo come danno patrimoniale alla società di cui alla fattispecie ex art. 2634 c.c. o, in senso estensivo, come, non solo danno emergente o lucro cessante, ma anche come una perdita di prestigio o una danno all'immagine, non necessariamente collegati con la diminuzione patrimoniale¹³.

Sul lato dell'incriminazione, segue in qualche modo lo schema dei reati di corruzione di stampo pubblicistico, punendo sia il soggetto passivo che il soggetto attivo.

Il punto è che la tecnica normativa utilizzata dal legislatore del 2002 risentiva probabilmente, in modo molto netto, dell'incertezza sulla criminalizzazione della corruzione tra privati. In dottrina¹⁴, infatti, sono stati ampiamente evidenziati i punti deboli del nuovo reato ex art. 2635 c.c.

In primo luogo, la titolazione della fattispecie resta ancorata alle prospettive di infedeltà patrimoniale e non a riferimenti alla corruzione in ambito privatistico, con tutte le implicazioni che ne conseguono, date le differenze e la distanza etimologica e contenutistica tra infedeltà e corruzione.

I soggetti attivi, poi, pur essendo più ampi rispetto alla previsione di «infedeltà patrimoniale» ex art. 2634 c.c., sembravano comunque troppo ristret-

¹³ Nel senso restrittivo, cfr. E. Musco, *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2004, 235. In senso ampio, fra tutti cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, XII ed. agg. e integ. dal L. Conti, Milano, 2002, 272. L'orientamento estensivo del nocumento alla società è stato confermato dalla Cassazione con sentenza n. 14765 del 29 marzo 2013.

¹⁴ È stato osservato da S. Seminara, relazione alla Tavola Rotonda, *Quale modello di intervento penale nell'ordinamento italiano?*, in *Corruzione tra privata (La), esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2002*, a cura di R. Acquaroli e L. Foffani, Milano, 2003, 271, infatti che la fattispecie ex art. 2635 c.c., rispetto alle fattispecie introdotte in altri ordinamenti europei si presentava «in termini di assoluta originalità, sanzionando un'infedeltà aggravata dalla corruzione ma non la corruzione in quanto tale». Altri profili critici sono stati espressi da L. Foffani, *Le infedeltà*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, 371 e ss.

ti, soprattutto in comparazione con i soggetti previsti dal dettato normativo di matrice sovranazionale.

In particolare, mancavano i dirigenti di livello intermedio nonché i dipendenti in generale.

Inoltre, la scelta della procedibilità a querela di parte e la configurazione del reato di «corruzione tra privati», in realtà rubricato come infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, come reato di evento con la previsione del nocuo alla società, lasciavano chiaramente trasparire una scelta ben precisa di non voler intendere come bene giuridico tutelato la concorrenza e la lealtà del mercato con i suoi annessi risvolti sui singoli e sulla collettività, scegliendo, invece, la società e il suo patrimonio e disattendendo di molto la scelta del legislatore sovranazionale di tutelare, invece, l'economia dalle forme di distorsione della concorrenza legate ai fenomeni, sempre più diffusi, di corruzione tra privati.

Infine, non era mancata la critica¹⁵ inerente l'esclusione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, dalla cerchia di reati societari, per i quali era prevista la responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs. 231/2001*.

Con queste caratteristiche, l'introduzione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità non è mai sembrata veramente convincente, così come del resto, ha dato riscontro la quasi nulla rilevanza applicativa in sede giudiziale del nuovo reato.

Del resto pesava, sulla tecnica normativa realizzata la procedibilità a querela di parte. Come, infatti, è stato sottolineato da attenta dottrina¹⁶, la scelta del regime di procedibilità a querela di parte ha portato con sé la possibilità di aver limitato l'operatività della fattispecie, in quanto la procedibilità veniva ad essere relegata al soggetto leso, ossia la società ed in particolare la maggioranza dell'assemblea, la quale poteva negoziare l'esercizio dell'azione penale con scelte di compromesso: la maggioranza poteva rinunciare a presentare querela qualora solida

¹⁵ La ragione che ha portato all'esclusione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità da novero di reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs. 231 del 2001* è da rinvenire nell'incompatibilità tra gli elementi tipici della fattispecie come il nocuo alla società e i criteri di imputazione oggettiva della responsabilità all'ente come l'aver la persona fisica agito nell'interesse o a vantaggio delle ente stesso. Tale valutazione è stata considerata infondata, così come del resto è emerso con ulteriore evidenza con la legge 28 dicembre 2005, la quale ha previsto la responsabilità degli enti per il nuovo reato di infedeltà costituito dal delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi *ex art. 2639 c.c.* In questo senso cfr. M. Bellacosa, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 279 o ancora M. Bellacosa, *Reati di infedeltà nella gestione d'impresa e responsabilità dell'ente societario*, in *Resp. Amm. Soc. e enti*, 2006, v. 3, 39 ss.

¹⁶ In questo senso, M. Bellacosa, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 274; G. Cerquetti, *L'infedeltà patrimoniale e la corruzione privata nella nuova disciplina dei reati societari*, in *Rass. Giur. Umbra*, 2002, 347.

con l'amministratore infedele o negoziare le dimissioni dell'amministratore infedele con la mancata presentazione dell'azione penale.

Ciò, in concreto, ha comportato una prassi applicativa ristretta a pochissime pronunce sulla fattispecie *ex art.* 2635 c.c. come introdotta dal legislatore: una sentenza della Cassazione del 2013, una sentenza del Tribunale di Milano del 2007 e una sentenza del Tribunale di Udine del 6 giugno 2013¹⁷.

3. *Il nuovo articolo 2635 c.c. dopo la legge 6 Novembre 2012, n. 190*

L'intersezione tra i punti deboli della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità *ex art.* 2635 c.c. appena evidenziati e le sempre più decise sollecitazioni da parte del legislatore sovranazionale ed europeo¹⁸ hanno portato ad un nuovo intervento legislativo nel 2012, ben dieci anni dopo la prima introduzione, di una forma di corruzione tra privati nel nostro ordinamento.

In primo luogo, l'art. 2635 c.c., così come riformato dalla legge n. 190 del 2012, veniva ad essere finalmente intitolato «Corruzione tra privati» e non più infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità e statuiva che: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

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

Il quinto comma del nuovo articolo 2635 c.c. sanciva che: «si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e servizi».

Nella nuova versione dell'art. 2635 c.c. vi sono alcuni aspetti molto interessanti anche se, nella visione complessiva, anche questa nuova formulazione con-

¹⁷ Per un commento critico a questa pronuncia cfr. L. Zoli, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. Tra vecchia e nuova formulazione della corruzione tra privati*, nota a Tribunale Udine, 6 giugno 2013, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3-4, 422 ss.

¹⁸ Sulla necessità e sulle sollecitazioni da parte delle fonti sovranazionali a dotarsi di una legislazione sulla corruzione privata più incisiva cfr. E. Dolcini, F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, 1, 245.

tinua a sembrare poco convincente¹⁹. La prima decisa modifica riguarda il cambio del titolo della fattispecie: si passa dall'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità alla corruzione tra privati. Di certo, questa nuova intitolazione²⁰ corrisponde maggiormente agli indirizzi sovranazionali e mostra chiaramente la volontà di voler contrastare direttamente la corruzione tra privati e non una forma di corruzione tra privati insita nell'infedeltà societaria, come era stato evidenziato nel titolo precedente dell'art. 2635 c.c.

Del resto, il nome crea le cose. E la scelta di rendere evidente il contrasto alla corruzione tra privati mira proprio a creare questo sfondo, mettendo in evidenza il bene giuridico socialmente rilevante: la concorrenza leale nel mercato²¹. Oltre ad avere una forte valenza simbolica, cosicché il soggetto passivo che accetta la dazione o la promessa di utilità non sarà più ritenuto infedele rispetto agli interessi della società, ma corrotto, così come il soggetto attivo che dà o promette utilità diventa pienamente un soggetto corruttore, anche a livello terminologico²².

Inoltre, viene ad essere inserita chiaramente una clausola di riserva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato», per garantire effettiva tutela penale da condotte poste in essere dal soggetto attivo dell'art. 2635 c.c., che pur operando nel contesto societario, rivesta anche una qualifica pubblicistica.

Tra le novità più importanti della nuova versione della fattispecie vi è certamente l'ampliamento dei soggetti attivi, con la previsione applicativa al secondo comma anche a chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati nel primo comma.

Viene, quindi, recepita la critica all'eccessiva ristrettezza dei soggetti attivi previsti nella versione dell'art. 2635 c.c. del 2002 con la possibilità che la condotta di corruzione tra privati possa essere commessa dai lavoratori subordinati e parasubordinati e con l'aggiunta dell'inciso, in relazione alla condotta rilevante, «in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà», al fine di non rendere vano l'ampliamento dei soggetti attivi con la difficoltà di indi-

¹⁹ Fra tutti cfr. V. Plantamura, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2012, 212-213, secondo il quale l'art. 2635 c.c. è stato ambiziosamente ribattezzato "corruzione tra privati", poiché si tratta di «un'ipotesi di corruzione tra privati solo di nome, mentre di fatto rimane un reato societario di danno».

²⁰ Cfr. A. Malchionda, *Art. 2635 c.c. (Corruzione tra privati)*, in *Giur. it.*, 2012, 2699, il quale sostiene che: «La modifica del *nomen juris*, oggi esplicitamente ancorato al concetto di corruzione va sicuramente salutata con favore».

²¹ In verità, questo dovrebbe essere l'obiettivo da raggiungere secondo le fonti sovranazionali che propendono per la scelta del modello di incriminazione che tutela la concorrenza. Ma l'anatomia della fattispecie di corruzione privata ex art. 2635 c.c. Post riforma del 2012 continua a mostrare una impostazione di tipo patrimonialista, in cui nella visione complessiva, il bene giuridico tutelato resta ancorato alla tutela della società da condotte infedeli da parte dei soggetti attivi.

²² Concetto ben espresso da D. Brunelli, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012, 22.

viduare obblighi di ufficio a cui tali soggetti siano tenuti²³. Data la loro posizione subordinata, la corruzione sembrava correre maggiormente sul filo degli obblighi di fedeltà alla società ma, soprattutto, agli incarichi da svolgere in modo fedele come disposto dai soggetti in posizione apicale.

Vi sono, quindi, due tipologie di soggetti attivi: i soggetti apicali e quelli subordinati con violazione per i primi degli obblighi inerenti al loro ufficio e per i secondi degli obblighi di fedeltà.

Per l'individuazione degli obblighi di fedeltà si può far riferimento a quanto delineato dall'art. 2105 c.c.²⁴

Resta, tutto sommato, nell'anatomia della norma, il profilo privatistico della tutela: continua ad essere richiesto il nocumento alla società, così come continua ad essere prevista la procedibilità a querela di parte con tutte le implicazioni già evidenziate: i soggetti interni al patto corruttivo o alla società difficilmente avranno interesse a presentare querela, per evidenti ragioni logiche²⁵. Ma nella lettura complessiva della nuova fattispecie non pare sia un ostacolo alla tutela della concorrenza, data l'aggiunta della procedibilità di ufficio se dal fatto ne derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e servizi. Questo quantomeno sul piano immediatamente letterale della norma, a livello pratico o interpretativo, in realtà, le cose potrebbero essere meno semplici.

Infatti, sul punto, la dottrina²⁶ ha mostrato incertezze interpretative, sviluppando varie posizioni, anche piuttosto differenti, sul modo di intendere il nocu-

²³ Secondo A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 709, il riferimento alla «violazione degli obblighi di fedeltà mette in risalto un profilo che era già implicito nella vecchia formulazione: la rilevanza dell'interesse micro economico dell'imprenditore contro quelle forme di concorrenza sleale dell'agente, il quale approfitti della propria condizione di *intraneus* per realizzare fatti che mettano in crisi la competitività dell'impresa».

²⁴ In tal senso, A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 707.

²⁵ È da evidenziare che la procedibilità d'ufficio era prevista nel d.d.l. Del 144 giugno 2012 nella versione precedente a quella poi approvata, sebbene continuasse a essere presente il riferimento al nocumento della società. Nella versione finale, poi entrata in vigore, si è scelto, contrariamente alla versione intermedia, di mantenere la procedibilità a querela di parte.

²⁶ Subito dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012 si sono delineate principalmente quattro interpretazioni sulla connessione tra distorsione della concorrenza e il nocumento alla società. La prima interpretazione considera la distorsione della concorrenza un ulteriore evento del reato, da porre in rapporto di derivazione causale con il fatto oggetto di incriminazione nel suo insieme e quindi in dipendenza eziologica dal nocumento patrimoniale subito dalla società persona offesa. In questo senso si veda R. Bricchetti, *Corruzione tra privati, la mutazione dell'etichetta*, in Guida Diritto, 2012, n. 48. La seconda visione invece non ritiene necessario che la distorsione della concorrenza derivi causalmente dall'evento di nocumento alla società, bensì dalla condotta. Entrambi tali interpretazioni ritengono che l'integrazione del reato sia sempre richiesta la causazione di un nocumento della società. Così: P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, 7-12. Una terza interpretazione considera la distorsione della concorrenza come evento alternativo al nocumento alla società. In questo senso si veda A. Spena, *La corruzione privata*, cit., 710 ss. Tale tesi è sembrata quella, sul piano ermeneutico, ha cercato di ovviare al limite della procedibilità d'ufficio solo nel caso di distorsione del-

mento alla società, la distorsione alla concorrenza e le loro reciproche connessioni. Ma attualmente, non vale la pena dar conto, nel dettaglio, delle varie teorie interpretative che si sono sviluppate sul punto, in quanto, con la riforma del 2017, operata sulla fattispecie di corruzione tra privati dal D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38, il riferimento al nocumento alla società è stato eliminato e, pertanto, non vi è più l'esigenza di soffermarsi su tale problema interpretativo, così importante, ai fini dell'operatività della norma, prima della riforma del 2017.

Vale la pena, però, ricordare che il legislatore del 2012, riprendendo il riferimento alla distorsione della concorrenza nell'acquisizione dei beni e dei servizi, ha richiamato la terminologia utilizzata dal legislatore europeo nella Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2003/568/GAI che all'art. 2 paragrafo 3 permette agli Stati membri, nella predisposizione della normativa a contrasto della corruzione nel settore privato, di delimitare i fatti di corruzione privata penalmente rilevanti alla condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni e servizi commerciali.

Sul punto, ci si è chiesti in quale prospettiva intendere la concorrenza: microeconomica o macroeconomica? La questione non è di poco conto, soprattutto, in sede di applicazione pratica, per poter procedere, d'ufficio è importante capire quale tipo di concorrenza deve essere stata distorta.

La concorrenza in senso macroeconomico riguarda l'interesse generale alla concorrenzialità del mercato in quanto tale, ed è poi quella a cui fa da sempre riferimento il legislatore europeo, il quale nella Decisione Quadro 2003/568/GAI, già più volte richiamata, precisa che: «gli Stati Membri ammettono la particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che nel settore privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico».

La concorrenza in senso microeconomico riguarda la tutela e la protezione di interessi particolari facenti capo ai singoli imprenditori, concorrenti nonché ai consumatori. Dato il costruito della norma e la sua portata applicativa, pare ormai pacifico che la tutela della concorrenza, in rapporto alla corruzione tra privati, debba essere intesa nella sua accezione puramente microeconomica²⁷,

la concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi: in quanto secondo quest'ottica il reato di corruzione tra privati sarebbe procedibile d'ufficio anche nel caso in cui una distorsione della concorrenza derivi, senza il nocumento della società, direttamente dall'esecuzione del patto *sceleris*. Ed, infine, una quarta ed ultima tesi considera la distorsione della concorrenza come canone descrittivo della potenziale dannosità dell'accordo corruttivo che ha ad oggetto l'acquisizione di beni e servizi, senza alcuna derivazione o collegamento con l'evento. Così S. Semnara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 66-67.

²⁷ Così, A. Spina, *La corruzione privata*, cit., 710.

in quanto la singola vicenda corruttiva *ex art.* 2635 c.c. non è di per sé idonea o capace di ledere la concorrenza di un mercato complessivamente inteso in senso macroeconomico. In pratica, sarebbe poco ipotizzabile che una singola condotta di corruzione privata possa, generalmente, ledere la concorrenza del mercato nel suo complesso, così come sarebbe poco facile accertare una distorsione della concorrenza in uno spazio di mercato ampio come quello del mercato considerato in un'ottica macroeconomica. Ciò posto, questo modo di ragionare non è incompatibile con la possibilità che una serie di condotte corruttive fra privati, seriali e pervasive, possano comportare una distorsione della concorrenza in un mercato considerato in senso macroeconomico²⁸. Una tale conclusione pare anche in linea con quanto il legislatore europeo cerca di porre come obiettivo-bene da tutelare nella normativa anticorruzione.

4. *La novità 2017*

Benché l'intervento del legislatore del 2012, in merito alla fattispecie di corruzione tra privati, abbia apportato qualche miglioramento in termini di concreta operabilità della previsione normativa, rispetto alla versione della fattispecie di infedeltà per dazione o promessa di utilità del 2002, la distanza tra la corruzione in ambito privatistico nel nostro ordinamento e quella delineata in ambito europeo continuava ad essere, anche dopo il 2012, ancora piuttosto rilevante.

Di fatto, la riforma del 2012 ha mantenuto l'anatomia della fattispecie *ex art.* 2635 c.c. come infedeltà societaria di tipo privatistico e patrimonialistico, confermando come bene giuridico principale da tutelare il patrimonio della società e operando un semplice innesto della tutela della concorrenza come interesse diffuso e sovraindividuale nel caso di distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi. In pratica, il legislatore del 2012 ha creato, nel caso di verifica sia del nocumento alla società che della distorsione della concorrenza, un reato plurioffensivo²⁹.

Pertanto, il legislatore, al fine di colmare tale lacuna, rendendo pienamente conforme la fattispecie di corruzione tra privati interna con quella delineata dalla Decisione Quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, avente ad oggetto l'intensificazione della lotta contro la corruzione nel settore privato, ha apportato nuovamente una modifica all'art. 2635 c.c. con il recente Decreto legislativo n. 38 del 2017.

²⁸ Fra tutti, cfr. V. Mongillo, *La corruzione*, cit., 201.

²⁹ Così V. Gennaro, C. Calzone, *La corruzione tra privati*, in *Resp. Amm. Soc. e enti*, 2013, 1, 47

Tale intervento normativo si contraddistingue per delle rilevanti modifiche alla precedente versione dell'art. 2635 c.c. il quale, nella nuova versione del 2017, statuisce che: «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».

Come emerge dalla piana lettura del testo, la fattispecie prevista dall'art. 2635 c.c., che come nella versione del 2012 mantiene il titolo di corruzione tra privati, è stata significativamente ampliata.

I soggetti attivi sono stati maggiormente estesi, includendo, tra i possibili autori del reato, oltre a coloro che effettivamente rivestono posizioni apicali di amministrazione o controllo, anche coloro che, di fatto, svolgono l'esercizio di funzioni direttive, per quanto differenti da quelle tipiche dei soggetti aventi, appunto, funzioni amministrative o di controllo non solo presso società ma anche presso enti privati. Il legislatore del 2017 ha aderito pienamente a quanto previsto a livello europeo considerando chiunque svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo nell'ambito delle società e degli enti privati.

Vengono, inoltre, ampliate le condotte rilevanti attraverso le quali si perviene all'accordo corruttivo, individuate, ora, anche nella sollecitazione alla dazione

di denaro o altre utilità, per la corruzione passiva da parte del soggetto estraneo, e nell'offerta di denaro o altre utilità per la corruzione attiva dell'intraneo.

Vi è anche un ampliamento delle modalità con le quali può essere realizzata la corruzione tra privati, con l'introduzione della possibilità di commettere il reato anche per interposta persona. Così come viene ad essere inserito il riferimento esplicito all'indebito vantaggio, tramite l'inciso «denaro o altra utilità non dovuti», per compiere od omettere un atto avvicinando, pertanto, la formulazione della fattispecie alla tipologia di corruzione passiva propria antecedente di tipo pubblicistico.

Altra fondamentale modifica riguarda la riscrittura della fattispecie di reato di corruzione tra privati come reato di pericolo e non più di danno, realizzata tramite l'eliminazione del riferimento al nocumento alla società derivante dalla condotta del corrotto (soggetto intraneo).

La tutela viene così ad essere anticipata, come per tutti i reati di pericolo, al momento della realizzazione della condotta, a prescindere dalla realizzazione di un evento o di un danno, ampliando così notevolmente la rilevanza delle condotte corruttive che possono essere poste in essere. Del resto, il superamento del riferimento al nocumento alla società appare significativo anche in riferimento al bene giuridico tutelato dalla fattispecie: la condotta è rilevante non perché provoca un nocumento alla società, con tutte le implicazioni di tipo privatistico di tutela, ma in sé e per sé, lasciando ampio spazio alla configurazione della tutela del bene della concorrenza e della trasparenza del mercato, pur se in un'ottica microeconomica per le ragioni già considerate.

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio, il decreto introduce un nuovo art. 2635-ter, con il quale viene prevista, in caso di condanna, oltre alle sanzioni penali, anche la sanzione accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, di cui all'art. 32-bis c.p. Viene, inoltre, inserito il nuovo reato di istigazione alla corruzione tra privati, sanzionata dal nuovo art. 2635-bis c.c., il quale prevede che possa essere punito chiunque offra o prometta denaro o altre utilità non dovuti a soggetti apicali aventi funzioni direttive in ambito societario, affinché compiano o omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora, tuttavia, tale offerta o promessa non siano accettate. Entrambi i reati, di corruzione tra privati e di istigazione alla corruzione tra privati, vengono ad essere inseriti nella cerchia di reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. 231/2001.

Pertanto, la nuova formulazione del reato di corruzione privata sembra certamente più completa e riprende, quasi integralmente, le indicazioni delle fonti sovranazionali che erano state piuttosto bistrattate nel pur importante e recen-

te intervento di riforma del 2012. Attualmente, il novero di soggetti attivi pare piuttosto completo così come la descrizione delle condotte e delle modalità rilevanti appare più soddisfacente dal punto di vista della determinatezza e della tassatività della norma. Pertanto, l'intersezione delle condotte previste, delle modalità, e dei soggetti attivi sembra avere un raggio di possibile applicazione da considerare esteso, volto a tutelare più efficacemente l'economia e la società dalla corruzione tra privati.

Anche l'eliminazione dell'inciso «nocumento alla società», come già sottolineato, previsto invece nella versione dell'art. 2635 c.c. del 2002 e del 2012, costituisce chiaramente un passo in avanti nell'affermazione del bene giuridico della concorrenza tutelato dalla norma. Scompaiono, quindi, i riferimenti privatistici che nelle versioni precedenti avevano lasciato dubbi interpretativi sul bene socialmente rilevante, in quanto le condotte rilevanti ai fini della perseguibilità penale dovevano comunque causare un danno alla società, e solo alla società.

Viene così, come già ben evidenziato³⁰, ad essere privilegiata l'impostazione di tipo lealístico della lotta alla corruzione tra privati rispetto all'impostazione di tipo patrimonialista, che pare essere certamente la novità più rilevante dell'intervento legislativo del 2017.

Tale novità pare però, nonostante tutto, essere smorzata dal regime di procedibilità che resta a querela di parte lasciando così tutti i nodi irrisolti sulla possibilità che la persona lesa, generalmente comunque afferente alla società o all'ente privato, possa poi effettivamente iniziare l'azione penale, senza incorrere in scelte compromissorie.

Resta però, come nella versione precedente, la procedibilità d'ufficio se dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Nella lettura complessiva, lo slancio nel rendere omogenea la disciplina penale della corruzione tra privati alle indicazioni del legislatore europeo è purtroppo frenata dal mantenimento della procedibilità a querela di parte, mentre la previsione della procedibilità d'ufficio nei casi di distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi sembra ancora di più, in questa versione, dopo l'eliminazione del riferimento al nocumento alla società, una nota stonata. Ora, non pare neppure così chiaro che il reato *ex art.* 2635 c.c. possa essere inteso come un reato plurioffensivo, perché in mancanza del riferimento del nocumento alla società, il bene giuridico da tutelare sembra essere in via esclusiva la tutela della concorrenza del mercato da intendere in una visione microeconomica, ma il richiamo a due regimi di procedibilità diversi confonde, e non poco, la ricostruzione del bene da tutelare. Non pare possibile ignorare che, con due regimi di

³⁰ E. La Rosa, *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati: dal modello patrimonialistico a quello lealístico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016.

procedibilità differenti, rimanga comunque possibile intravedere due beni giuridici tutelati: la società e il suo patrimonio e la concorrenza. La struttura della fattispecie è stata resa omogenea in modo completo alla normativa europea, ma il mantenimento della doppia procedibilità, non ha permesso di fare quel salto in avanti che avrebbe potuto permettere di intravedere nella tutela della concorrenza del mercato l'interesse da proteggere.

Al più si è passati dalla tutela secondo un modello patrimonialistico al modello lealistico, nel quale l'offesa colpisce la relazione fiduciaria che lega il soggetto corrotto alla società o all'ente nel cui ambito svolge la propria attività.

5. *Osservazioni conclusive*

Il contrasto alla corruzione è un'esigenza attualmente molto avvertita, su diversi ambiti e in diversi settori, numerose sono le convenzioni e i trattati internazionali in materia, così come le direttive del legislatore europeo. Su questa scia, anche il legislatore interno ha dovuto, nonostante le incertezze e le titubanze iniziali, adeguarsi ad un contrasto della corruzione sempre più deciso e ampliato, non solo all'ambito della corruzione pubblica, ma anche all'ambito della corruzione privata. Dopo molti anni, rispetto alle indicazioni del legislatore sovranazionale, anche l'Italia si è adeguata alle indicazioni europee nel contrasto alla corruzione tra privati, nei modi e con i risultati che in queste poche righe si è cercato di mettere in evidenza. Il punto è che la corruzione, sia in ambito pubblico che privato, è certamente capace di creare un sistema economico suo proprio, circolare ed autonomo, chiuso ed inaccessibile, che però priva dello sviluppo economico, della concorrenza, della trasparenza, dell'efficienza, dell'efficacia, della ricchezza anche, il sistema economico generale, quello a cui tutti dovrebbero poter accedere secondo regole e meccanismi non erosi dalla corruzione. È opinione piuttosto consolidata quella secondo cui gli Stati meno corrotti siano quelli che generano maggiore ricchezza. Di questo si è preso coscienza in modo piuttosto diffuso. Di fatti, il sentire sociale, negli ultimi anni, è molto mutato: non si avverte più solo la necessità di sanzionare con maggiore severità i fatti corruttivi posti in essere nell'ambito dell'Amministrazione Pubblica, si avverte anche la necessità che ogni mercimonio, pure nell'ambito privato, sia evitato. Il che probabilmente corrisponde, in una certa misura, ad una sorta di moralizzazione dei costumi.

Una sorta di moralizzazione della quale devono, in qualche modo, aver risentito anche gli interventi legislativi in tema di contrasto alla corruzione degli ultimi anni. La prima sostanziale riforma in tema di anticorruzione (pubblica e privata), la legge n. 190 del 6 novembre 2012, ha rappresentato, certamente, la

volontà del legislatore di inasprire la lotta alla corruzione, come fenomeno sempre più diffuso, attraverso l'aumento della forbice edittale, l'introduzione di nuovi reati, il delineare fattispecie più descrittive e il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione e controllo della corruzione. Una riforma certamente necessaria, che ha portato, pur nei limiti poi emersi, il tema della lotta alla corruzione ad allinearsi con i tempi, con il nuovo sentire sociale, con le istanze europee e con la necessità pratiche emerse, negli anni precedenti, dagli sviluppi giurisprudenziali, ma che non è sfuggita a tale spinta moralizzatrice. Del resto, anche i successivi interventi legislativi alla legge del 2012, fino alla legge n. 3 del 9 gennaio 2019, in tema di *Misure per il contrasto nei reati contro la Pubblica amministrazione, nonché in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*, si muovono (anche) in una direzione moralizzatrice che spinge ad inasprire sempre più la lotta alla corruzione, attraverso l'estensione delle condotte tipizzate, la platea dei soggetti interessati, la maggiore severità delle sanzioni previste. Alla luce di queste considerazioni, ci si chiede, in particolare, che cosa possa fare il diritto penale contro la corruzione. Quale sia il ruolo della repressione penale in questo ambito. Alcuni sostengono che possa fare poco, in quanto sia una questione di costumi, che bisogna intervenire in un cambio di mentalità generale, altri che sia più efficace contrastare la corruzione, soprattutto in ambito privato, tramite soluzioni civilistiche. Altri ancora che sia più opportuno agire in chiave preventiva e di controllo *ex ante*. E, su questo aspetto, la riforma del 2012 ha gettato delle buone basi. Sicuramente una modifica nei costumi e nella mentalità è quanto mai più che auspicabile. Di certo, non vi è una visione univoca sul ruolo della repressione penale nella lotta alla corruzione, con un sentire sociale ed un legislatore interno che negli ultimi anni continuano a sottolineare direzioni di inasprimento negli interventi legislativi, che non sempre portano ai risultati attesi. Il *Transparency International* riporta nella classifica del *Corruption perception index* miglioramenti minimi dell'Italia negli ultimi dieci anni.

In merito al contrasto alla corruzione tra privati, certamente, nel nostro ordinamento, mancava una fattispecie chiara, ampia e incisiva che individuasse puntualmente i soggetti attivi, le condotte rilevanti, il bene giuridico da tutelare in relazione alla corruzione tra privati. Il punto resta sempre però legato all'opportunità dell'introduzione di un nuovo reato, che crei la tutela giuridica di un nuovo bene giuridico, la tutela della concorrenza e del libero accesso al mercato, ma che non sempre comporta vantaggi pratici. Del resto, in tema di corruzione tra privati, si è spesso parlato dell'introduzione di una norma simbolica, di una di quelle figure criminose che vengono introdotte nell'ordinamento senza che abbiano un'utilità pratica. Infatti, la conoscenza dello stato della corruzione nel sistema economico è molto limitata. In Francia, per esempio, la corruzione tra

privati è perseguita molto raramente e questo reato, negli Stati Uniti d'America, rappresenta solo lo 0,05% di tutti i reati federali. In senso contrario, l'opinione pubblica e i mezzi di comunicazione sottolineano costantemente un aumento del fenomeno. Si è creata una discrasia tra la percezione della corruzione tra privati e la reale diffusione del fenomeno nel riscontro applicativo nelle aule di giustizia.

Non resta che monitorare per un altro po' di tempo lo sviluppo giurisprudenziale in tema di corruzione tra privati, per verificare se l'introduzione di questo nuovo reato sia da considerare uno strumento efficace nel contrasto al fenomeno della corruzione o sia davvero una figura criminosa senza utilità pratica, con più costi sociali e nessun vantaggio.

La corruzione tra privati. Tra circolarità ed autonomia

Cosa può fare il diritto penale contro la corruzione e, in particolare, contro la corruzione tra privati? Il presente lavoro analizza l'evoluzione del reato di corruzione tra privati nel nostro ordinamento, partendo dalle sollecitazioni sovranazionali, per evidenziarne l'effettiva attuale portata applicativa a seguito della riforma del 2012 e del 2017. Si cercherà, in particolare, di comprendere se, malgrado le incertezze iniziali, si stia affermando la tutela della concorrenza e della lealtà anche nelle attività economiche private come bene socialmente rilevante e se l'attuale configurazione normativa del reato di corruzione privata ex art. 2635 c.c. abbia la capacità deterrente auspicabile.

Private corruption between circularity and autonomy

What can criminal law do against corruption and, in particular, against private corruption? The present work analyses the evolution of the crime of corruption between individuals in our legal system, starting from supranational pressure, to highlight the current scope of application following the reforms of 2012 and 2017. In particular, we will attempt to ascertain whether, despite initial uncertainties, the protection of competition and loyalty is affirmed even in private economic activities as a socially relevant asset, and whether the current regulatory configuration of the crime of private corruption pursuant to art. 2635 c.c. has the desired scope to act as a deterrent.