

DISFUNZIONE APPLICATIVA DELL'ART. 2635 C.C. TRA VECCHIA E NUOVA FORMULAZIONE DELLA «CORRUZIONE TRA PRIVATI»

Nota a Trib. Udine, 6 giugno 2013 (dep. 12 settembre 2013),
Pres. Missera, Est. Carlisi

Lucia Zoli

ABSTRACT

La sentenza in commento costituisce il primo caso di condanna per fatti riconducibili alla fattispecie di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», ora denominata «corruzione tra privati». La vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale di Udine, benché non sollevi di per sé questioni ermeneutiche di particolare problematicità, acquisisce speciale rilevanza proprio in ragione della sua eccezionalità ed offre l'occasione per formulare ampie osservazioni critiche sulla *disfunzione applicativa* dell'art. 2635 c.c. Quest'ultima, in effetti, è principalmente addebitabile alle distonie tra la formulazione accolta dal legislatore italiano e le numerose sollecitazioni extranazionali in materia, alle quali anche la legge n. 190/2012 è riuscita a dare solo una timida e parziale trasposizione. Neppure la modifica del regime di procedibilità di cui al 5° comma, evocativa del modello concorrenziale tedesco di incriminazione della corruzione privata, pare idonea ad ampliare sensibilmente lo spettro applicativo della norma, i cui profili offensivi risultano ancora canalizzati in ottica patrimonialistica interna.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. Rapporti tra le due ipotesi di infedeltà e classificazione del caso di specie. – 4. Il necessario «nocumento» causato dalla relazione corruttiva ed i profili offensivi rilevanti. – 5. Principali ragioni della disfunzione applicativa della fattispecie. – 6. Riflessioni conclusive.

1.

Premessa.

La sentenza in commento offre l'occasione – in effetti piuttosto rara, stando ai pochi precedenti in materia¹ – di soffermare l'attenzione sulla fattispecie delittuosa prevista e disciplinata dall'art. 2635 c.c., ora rubricata «corruzione tra privati», in origine «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità».

La scarsa applicazione pratica della disposizione *de qua* può essere attribuita a diversi ordini di ragioni, che saranno di seguito esaminati. Non si ritiene, peraltro, che la modesta 'vitalità processuale' dell'ipotesi previgente, cui si riferisce la vicenda in esame (relativa a fatti commessi negli anni 2003-2006), possa essere rinvigorita dalla fattispecie di nuovo conio.

La riforma anticorruzione, varata con l. 6 novembre 2012, n. 190, è stata, in effetti, da più parti già tacciata come la mancata occasione di adeguamento² alle numerose sollecitazioni extranazionali sul tema³, risolvendosi, per la gran parte, in una semplice operazione di «*maquillage*»⁴ normativo. Le fonti internazionali ed europee, dirette ascendenti della disciplina nazionale, già dall'approvazione del 'progetto Mirone', avevano invece auspicato – in certi casi anzi imposto – un più solido contrasto alle pratiche corruttive, anche in contesti diversi da quello pubblico⁵, nonché una canalizzazione esterna dei profili offensivi rilevanti.

Si procederà con ordine alla disamina delle principali questioni interpretative sollevate dal caso *de quo*, per incentrare essenzialmente la riflessione sulla problematica disfunzione applicativa del reato: aspetto, quest'ultimo, che riverbera necessariamente i propri effetti sull'impatto prodotto dalla sanzione criminale sui comportamenti imprenditoriali.

2.

Il fatto.

In via preliminare, va riepilogata la vicenda portata all'attenzione del Tribunale di Udine.

Sin dagli inizi del 2003, M. è dirigente con delega alla gestione ordinaria di tesoreria di una nota società multinazionale (la D. s.p.a.), quotata alla Borsa valori di Milano. In virtù della fiducia nutrita dai vertici aziendali nelle sue competenze in ambito finanziario, M. ottiene

¹ La giurisprudenza in tema di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità» è, infatti, decisamente scarsa. Al momento della pubblicazione del presente contributo, si ha unicamente conoscenza di talune pronunce della Suprema Corte tutte afferenti la medesima vicenda fattuale: Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, di annullamento parziale con rinvio della sentenza del Trib. lib. Milano, 25 luglio 2012; Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 14765 e 14766, in *www.dejure.it*. Non vi sono ancora sentenze relative a fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della nuova fattispecie di «corruzione tra privati».

Una prognosi in tal senso era già stata compiuta dalla migliore dottrina penalista, in esito alla riforma dei reati societari, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, con riferimento tanto alle incriminazioni preesistenti, quanto alle neo-introdotte ipotesi di «infedeltà» cfr. MAZZACUVA, *Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: diritto penale 'simbolico' o necessaria 'frammentarietà' dell'intervento punitivo*, in ACQUAROLI-FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 349 ss.

² In questi termini si è espressa la dottrina maggioritaria all'indomani della sopracitata riforma: DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione (testo aggiornato alla luce dell'emendamento presentato dal Governo)*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 245 ss.; MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. («corruzione tra privati»)*, in *Giur. it.*, 2012, n. 12, p. 2698 ss.; SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 2, p. 690 ss.

³ Si segnalano dapprima l'Azione Comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 22 dicembre 1998 e la Convenzione penale sulla corruzione, approvata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999; poi la Decisione quadro 2003/568/GAI – per l'implementazione della quale fu adottata la legge comunitaria 2007 (l. 25 febbraio 2008, n. 34), contenente, all'art. 29, una delega cui non fu mai data attuazione – e infine la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, adottata a Merida il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116. Un quadro delle iniziative sovranazionali deputate al contrasto del fenomeno corruttivo su base comune è delineato da MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in MATTERELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 355 ss.

⁴ Espressione recentemente proposta da DOLCINI, *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 164; così già SPENA, *Corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 8 (all. 1), p. 40.

⁵ A livello sovranazionale, l'esigenza di avvicinare il trattamento sanzionatorio per fatti di corruzione pubblici e privati emerge su impulso del crescente processo di privatizzazione degli enti pubblici economici. In particolare, il passaggio dallo Stato-imprenditore allo Stato-regolatore ha imposto un ripensamento della consueta categorizzazione del fenomeno corruttivo entro il terreno pubblicistico, specialmente in ragione del rischio che, «a privatizzazione avvenuta, una forma di corruzione privata si [andasse] semplicemente a sostituire a quella pubblica», cfr. DELLA PORTA-VANNUCCI, *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di Mani Pulite*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 152, richiamato da ACQUAROLI-FOFFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in ACQUAROLI-FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati, cit.*, p. 6 ss. Tale giustificazione alla criminalizzazione della corruzione nelle pratiche d'affari tra privati è fatta propria dal modello c.d. 'delle privatizzazioni', secondo cui, rispetto alla gestione di un servizio pubblico privatizzato, si presenterebbero, per il cittadino-consumatore, le stesse esigenze di buon andamento ed imparzialità esistenti nel settore pubblico.

successivamente una nuova procura estesa al compimento di atti di straordinaria amministrazione, tra cui rientra, in particolare, la stipulazione di contratti derivati della tipologia I.R.S. (*Interest Rate Swap*)⁶. Benché formalmente affiancato ad altri dirigenti, mediante l'obbligo di firma congiunta, la prassi ormai consolidatasi e le alte competenze specialistiche dallo stesso dimostrate, lo rendono, di fatto, unico vero titolare del potere gestorio nei rapporti con gli istituti di credito.

È in questo scenario che vanno inquadrare le vicende illecite contestate a M., risalenti al triennio 2003-2006. Il dirigente, per conto di D. s.p.a., viene coinvolto nelle trame di una complessa frode ordita dai vertici della nota banca milanese I., già condannati in via definitiva dalla Corte d'Appello di Milano⁷ per concorso in appropriazione indebita. Il meccanismo fraudolento prevede l'interposizione di un mediatore fittizio alla stipulazione dei contratti derivati tra la D. s.p.a. e l'istituto di credito, di talché la provvigione che a questi risulta indebitamente spettare viene invece di seguito spartita tra i componenti del *pactum sceleris*.

Si consideri, peraltro, che i contratti relativi agli strumenti finanziari abitualmente conclusi dalla D. s.p.a. si caratterizzavano per svolgere una funzione unicamente 'di copertura', ossia erano intesi a neutralizzare i rischi connessi al deprezzamento di determinati parametri di riferimento (cambi o interessi). Al contrario, la finalità di profitto chiaramente perseguita da M. conduce lo stesso alla stipulazione di accordi altamente aleatori di tipo 'promozionale' o 'speculativo': all'aumento del valore dell'affare corrisponde di conseguenza un sensibile incremento della provvigione dovuta al fittizio intermediatore.

Avvedutasi della frode, la D. s.p.a. procede a sciogliere in via transattiva i menzionati rapporti contrattuali, risultando debitrice nei confronti della banca per un totale di € 18.500.000,00: somma senz'altro qualificabile quale danno patrimoniale cagionato dall'operazione alla società.

3.

Rapporti tra le due ipotesi di infedeltà e classificazione del caso di specie.

Alla luce della vicenda fattuale testé richiamata, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Udine contesta, in via alternativa, i reati di «infedeltà patrimoniale» e di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità».

Tale contestazione alternativa di entrambe le ipotesi di «infedeltà» suggerisce di dar conto dei rapporti intercorrenti tra le stesse e di delimitare il rispettivo ambito di rilevanza pratica.

La relazione intercorrente tra gli artt. 2634 e 2635 c.c. declina l'originario modello immaginato dalla 'Commissione Mirone', secondo cui la maggiore gravità della infedeltà-corruzione, data dal coinvolgimento di un *extraneus* nella gestione fraudolenta, avrebbe giustificato una tutela anticipata del patrimonio⁸, mentre, nell'ipotesi di infedeltà-conflitto d'interesse, l'offesa era richiesta in termini di effettiva lesione del medesimo.

Senonché, abbandonata la primitiva vocazione di differenziare i due illeciti secondo una

⁶ Trattasi, in sostanza, di accordi di natura aleatoria, i quali 'derivano' il proprio valore nozionale da un parametro sottostante. Possono essere conclusi al fine di perseguire finalità di copertura ovvero promozionali. Nel primo caso, il contratto è utilizzato per neutralizzare i rischi connessi al deprezzamento del parametro di riferimento, rinunciando al contempo ad eventuali vantaggi in caso di andamento favorevole all'impresa sottoscrittrice: l'effetto è quello di rendere certo un flusso tipicamente incerto (ad es., se stipulati contestualmente ad un contratto di finanziamento a tasso variabile, il finanziato si tutela dal rischio di aumento del tasso d'interesse oltre un tetto prefissato). Chi sottoscrive strumenti finanziari del secondo tipo, invece, si assume una posizione di rischio, perseguendo finalità di profitto: gli esiti possono attestarsi al contempo in importanti profitti o ingenti perdite. Per un dettagliato esame dell'argomento si rimanda a CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, 2^a ed., Giuffrè, Milano 2011.

Nella vicenda in esame, se inizialmente i derivati appartenevano a quelli abitualmente conclusi dalla società, a copertura del rischio cambi o interessi, ben presto si passò a complessi strumenti speculativi il cui valore più elevato era in grado di generare alte 'ricompense' per il fittizio mediatore.

⁷ Corte App. Milano, 20 aprile 2012 (dep. 30 luglio 2012), n. 2759.

⁸ Testualmente si prevedeva di punire «amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva pericolo di nocumento per la società». Tale anticipazione della soglia di punibilità immaginata per l'infedeltà-corruzione è chiaramente illustrata da FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, 2^a ed., Padova, 2007, p. 2536. L'A. giustifica la minor carica lesiva richiesta dall'illecito sulla base della maggior gravità dell'accordo corruttivo rispetto alla situazione di conflitto d'interessi: da qui consegue, *in primis*, la previsione di profili di responsabilità anche in capo al corruttore, nonché la più generica descrizione della condotta ed il rilievo del profilo meramente omissivo della condotta. Sul punto anche MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 919 ss.

progressione offensiva rispetto agli interessi interni dell'ente⁹, nel testo definitivamente approvato dal Governo, l'evento-danno – ancorché diversamente tratteggiato – è tipizzato in entrambe le incriminazioni. Tale circostanza, unitamente alla diversa estensione degli elementi costitutivi delle due ipotesi delittuose, conduce a ricostruirne i rapporti in termini di specialità bilaterale¹⁰ e ad escluderne dunque, in ipotesi, l'ammissibilità di un concorso formale.

I profili di reciproca specialità sono ben caratterizzati dalla pronuncia *de qua*. Essi attengono principalmente al novero dei soggetti attivi, alla condotta tipica ed al relativo presupposto, all'elemento psicologico ed all'evento lesivo¹¹.

La selezione delle qualifiche soggettive richieste al fine di integrare l'uno o l'altro reato (proprio) si spiega in relazione alla diversa tipizzazione del fatto. Laddove (ossia nel caso dell'«infedeltà patrimoniale») la condotta consiste nel compimento – sul presupposto della sussistenza in capo all'agente di un interesse confliggente con quello della società 'di appartenenza' – di un atto di disposizione dei beni sociali¹², è evidente che soggetto attivo potrà essere soltanto chi sia dotato di poteri di diretta gestione dei beni stessi. Di contro (è il caso dell'art. 2635 c.c.), ad una più ampia estensione della condotta penalmente rilevante¹³ – non fondata su alcun presupposto giuridico/fattuale specifico ed esplicitamente comprensiva della forma omissiva – corrisponde la configurabilità della relativa responsabilità in capo a più soggetti. Ad amministratori, direttori generali e liquidatori, difatti, si aggiungono sindaci, [responsabili della revisione]¹⁴ e dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari¹⁵, nonché ora – ai sensi della meno grave fattispecie di cui al nuovo secondo comma – i soggetti sottoposti. Nel caso dell'infedeltà-corruzione, le stesse pene previste per chi riceve la tangente sono estese all'offerente (corruzione attiva). Vale, inoltre, per entrambe le ipotesi, la dilatazione operata dall'art. 2639 c.c. ai soggetti c.d. qualificati di fatto¹⁶.

Nel caso di specie, la mancanza di un diretto interesse dell'imputato nell'istituto bancario¹⁷ orienta il collegio giudicante a non inquadrare le operazioni contestate nell'alveo della «infedeltà patrimoniale». Piuttosto, la vicenda è attratta, *in primis* sotto il profilo fattuale, dalla fattispecie *ex art. 2635 c.c.* Questo infatti il sinallagma corruttivo: la stipulazione, da parte dell'imputato, di contratti derivati altamente aleatori in pregiudizio della società, a fronte della promessa di un compenso pari ad una percentuale della provvigione apparentemente spettante

⁹ Ad eccezione della previsione di cui al secondo comma dell'art. 2634 c.c., la quale garantisce piuttosto il patrimonio di quei terzi che ne abbiano affidata la gestione alla società.

¹⁰ In questo senso si esprimono chiaramente tra tutti FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c., cit.*, p. 2536 ss.; FONDAROLI, *Artt. 2634, 2635*, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di BONILINI-CONFORTINI-GRENELLI, Torino, 2004, p. 5346.

In questi termini appare concorde anche la giurisprudenza di legittimità, seppur esigua, cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 novembre 2012, nn. 5848 e 14765 (cit. in nota 1).

¹¹ Di rilievo, specie ai fini di una differenziazione sistematica tra le due ipotesi di «infedeltà» è anche il recente inasprimento della cornice sanzionatoria della «corruzione tra privati», mediante l'introduzione di un limite minimo di un anno di reclusione nell'ipotesi di corruzione degli «apicali». Il predetto correttivo all'«irrazionalità del trattamento sanzionatorio predisposto dall'art. 2635» (cfr. SPENA, *La corruzione privata, cit.*, p. 693) aspira a restituire ragionevolezza al rapporto di reciproca specialità intercorrente tra i due illeciti. In questo senso anche BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, cit.*, p. 447 ss.

¹² Modalità accanto alla quale, in ossequio ad esigenze di tassatività, è espressamente affiancata quella alternativa di concorrere a deliberare atti dispositivi dello stesso tipo.

¹³ L'ampiezza della nozione di «atto» nella formulazione dell'art. 2635 c.c. è confermato dai giudici di legittimità, nella misura in cui vi ricomprendono anche «un parere versato nell'istruttoria di una pratica di finanziamento o per l'apertura di una linea di credito, come pure l'espressione di voto manifestata ai fini della formazione di una delibera collegiale». Così Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, di cui in nota n. 1.

¹⁴ Il riferimento ai titolari del controllo esterno è ormai stato espunto dal testo del nuovo art. 2635 c.c., da parte della l. n. 190/2012, ma in realtà già anticipata dalla riforma settoriale in tema di responsabilità dei revisori, di cui all'art. 28 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (attuativo della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati), intervenuto ad abrogare la fattispecie già introdotta dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, nell'art. 174 *bis* del t.u. sulla finanza, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La nuova fattispecie, parimenti al caso dell'art. 2635 c.c., s'incentra sulla causazione di un nocumento alla società, salvo il caso della revisione di enti di interesse pubblico. Per un attento esame dei profili di responsabilità penale configurabili in capo ai revisori si segnalano i contributi di CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 661 ss.; CONSULICH, *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, in *Le Soc.*, 2010, p. 45 ss.; TROYER-INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del d.lgs. n. 39/2010*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 595 ss.

¹⁵ Aggiunta operata da parte dell'art. 15, co. 1, lett c), della sopracitata «legge sul risparmio», n. 262/2005.

¹⁶ Per una disamina della platea dei soggetti attivi, come previsti dal nuovo testo dell'art. 2635 c.c., cfr. ROSSI, *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, n. 1-2, p. 299 ss.

¹⁷ Più precisamente, si richiede la prova di una situazione di conflitto d'interesse «effettivo ed attuale» e che «non può ritenersi insito in ogni atto che vada a nocumento di una società ed a vantaggio di un'altra», cfr. Cass. pen., sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2142. In dottrina più diffusamente ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interesse*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743 ss.; FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1997.

al mediatore fittizio.

Le due fattispecie di infedeltà si distinguono altresì per quanto concerne l'evento tipico¹⁸: difatti, si richiede specificamente la causazione di un «danno patrimoniale» nel caso dell'infedeltà patrimoniale, mentre l'art. 2635, anche nella nuova formulazione, allude ad un più generico «nocumento alla società» cui fa capo il corrotto. In questo secondo caso, benché le conseguenze lesive di tipo patrimoniale rivestano una considerazione prioritaria (tale è la dimensione offensiva che emerge anche nell'ipotesi di specie¹⁹), è corretto avere riguardo ad un più ampio spettro di perdite, purché suscettibili di valutazione economica²⁰.

Il predetto evento lesivo costituirà poi oggetto di un più accurato esame, sia in quanto elemento decisivo per inquadrare i profili offensivi del fenomeno corruttivo tra privati (*infra sub* § 4), sia in quanto la necessità della sua prova rappresenta uno dei principali ostacoli alla concreta applicazione della fattispecie (*infra sub* § 5).

È agevole distinguere le due disposizioni in commento anche sotto il profilo soggettivo. La prima prevede il perseguimento, in capo all'agente, della finalità «di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio» ed è connotata in senso forte – richiedendo cioè il grado intenzionale del dolo – dall'avverbio «intenzionalmente»²¹. La seconda, invece, si limita a richiedere l'accertamento 'generico' della componente volitiva ed ammette che la stessa sussista nella forma debole dell'accettazione del rischio.

Anche nel caso di specie, la copertura soggettiva dell'evento²² sussiste quantomeno in forma eventuale. Manca, in capo all'imputato, la volontà di danneggiare la società 'di appartenenza', la cui consistente liquidità consentiva anzi di reiterare il meccanismo fraudolento così da massimizzare i profitti individuali²³. Piuttosto, l'agente, dotato di elevata competenza in materia finanziaria, si era ben rappresentato la potenziale dannosità delle operazioni intraprese e, nonostante ciò – poiché «il criterio che animava M. nella scelta dei contratti non era quello del miglior interesse per la D., ma evidentemente quello della massimizzazione dei guadagni» –, decideva di stipulare anche determinati contratti derivati, caratterizzati dalla forte aleatorietà, effettivamente concretizzati poi in un danno patrimoniale di ingente portata.

4.

Il necessario «nocumento» causato dalla relazione corruttiva ed i profili offensivi rilevanti.

Come anticipato, l'evento-nocumento continua a rappresentare l'elemento di maggiore tensione tra la normativa nazionale e la sua diretta ascendente europea. La scelta di incanalare i profili lesivi in ottica patrimonialistica interna²⁴, corroborata dal regime di procedibilità a querela, perde di vista la *ratio* dei diversi interventi sovranazionali ed internazionali in mate-

¹⁸ La differenza lessicale non è invece considerata decisiva da parte di alcuni autori, tra cui GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 299; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 235. Più recentemente si è espresso in questo senso anche FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c., cit.*, p. 2536, il quale apprezza pregiudizi di tipo «non strettamente ed immediatamente patrimoniale».

¹⁹ Come già ricordato, il danno causato dalla pratica illecita viene precisamente quantificato in 18 milioni e mezzo di euro, pari all'onere sostenuto dalla società in sede transattiva per porre fine ai rapporti contrattuali intercorrenti con la banca.

²⁰ Cfr. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, diretto da VACIANO, *I profili sostanziali*, Tomo I, Cedam, Padova, 2014, p. 516, il quale fa rientrare nella nozione di nocumento «mancati guadagni della società come nel caso dell'amministratore delegato che, per favorire una società concorrente, non partecipi ad una gara d'appalto che verosimilmente avrebbe potuto aggiudicarsi; danni all'immagine della società che siano, quantomeno, indirettamente patrimoniali, ossia, in qualche modo, economicamente valutabili». Nella già citata Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, la Suprema Corte ha riconosciuto integrato l'evento-nocumento nella lesione all'immagine e della reputazione di un istituto di credito. In questo senso in dottrina già SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2002, n. 16, p. 68.

²¹ Rafforzativo presente anche nell'altra emblematica fattispecie costruita sul presupposto del 'conflitto d'interesse', ossia l'abuso d'ufficio *ex art.* 323 c.p.

²² Quanto alla rappresentazione e volontà di ricevere somme non dovute, il Tribunale richiama l'accertamento già effettuato con sentenza passata in giudicato della Corte d'Appello di Milano cit. in nota n. 7.

²³ Nella motivazione della sentenza in commento, infatti, si riferisce che la società «si era rivelata una 'gallina dalle uova d'oro' essendo una società con forte liquidità e disposta a sottoscrivere contratti per importi elevati con quindi conseguimento di elevate provvigioni».

²⁴ La dottrina quasi unanime si era espressa nel senso di individuare il patrimonio societario quale interesse protetto dalla fattispecie di cui al vecchio art. 2635 c.c., cfr. per tutti FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di «infedeltà»*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Utet, Torino, 2005, p. 393 ss. Tesi decisamente minoritaria è quella sostenuta da CERQUA, *La corruzione tra privati*, in PIERGALLINI (a cura di), *La riforma dei reati societari*, Milano, 2004, p. 131 ss.: l'A. identifica nel danno previsto dall'art. 2635 c.c. un pregiudizio non solo del patrimonio sociale, bensì, più in generale, della capacità economica e concorrenziale dell'impresa.

ria, ispirata piuttosto a valorizzare beni giuridici di portata macroeconomica, o quantomeno esterni al singolo ente societario²⁵.

Invero, il mantenimento dell'impostazione privatistica ante-riforma desta non poche perplessità²⁶, se solo si considera l'intento della l. n. 190/2012 – rimasto in gran parte lettera morta – di superare le critiche mosse dal GRECO ("Gruppo di Stati contro la corruzione") circa l'inadeguatezza del modello predisposto dal vecchio art. 2635 c.c.²⁷. In effetti, permangono carenze di tutela in ragione della limitazione ai soli pregiudizi subiti dalla società: non rilevano, invece, gli eventuali danni causati dalla relazione corruttiva ai soci *uti singuli* ovvero, secondo le disattese prescrizioni dell'Azione Comune 98/742/GAI²⁸, a terzi.

Piuttosto, taluni recentissimi ritocchi alla fisionomia dell'illecito *de quo*, lungi dall'introdurre veri e propri profili offensivi di novità autonomamente rilevanti, realizzano una commistione tra i diversi modelli d'incriminazione della corruzione privata adottati in altri ordinamenti europei²⁹, pur senza tradire l'originaria predilezione manifestata nel 2002 dal legislatore delegato. In altre parole, la novella ha forse voluto affiancare alla teoria patrimonialistica influenze derivanti dal modello parimenti privatistico c.d. lealístico-fiduciario, vigente in Francia³⁰, nonché quello pubblicistico c.d. concorrenziale, accolto in Germania³¹.

Da un lato, un vaghissimo richiamo alla prospettiva francese affiora dalla nuova formulazione della struttura oggettiva del reato, laddove si richiede che la commissione/omissione dell'atto costituisca la violazione alternativamente di un qualsiasi obbligo inerente l'ufficio del soggetto agente, ovvero di generici *obblighi di fedeltà* nei confronti del titolare³². Si tratta, invero, di un innesto che consente, in ottica offensiva, solo un confuso avvicinamento all'esperienza d'oltralpe e che riveste un limitatissimo rilievo innovativo³³, non solo in virtù della 'vecchia'

²⁵ Tutt'al più, un'apertura ad interessi anche esterni all'ente societario emerge dall'ipotesi aggravata di cui al 4° comma, con riferimento alle società con titoli quotati o diffusi tra il pubblico in misura rilevante, cfr. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 920.

²⁶ Per tutti ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 20, che proprio in relazione al mantenimento della prospettiva privatistica rileva la «sostanziale inadeguatezza e inutilità della nuova figura».

²⁷ Per completezza, è utile segnalare, anche a conferma dell'efficacia persuasiva dispiegata dai *reports* adottati dall'organo contro la corruzione istituito presso il Consiglio d'Europa circa la corretta trasposizione degli obblighi di incriminazione posti dalla Convenzione di Strasburgo, che l'Italia, proprio nel 2012, ha sopperito a talune 'mancanze'. Tra queste, vi sono alcune aggiunte, senz'altro apprezzabili sotto il profilo della tassatività, le quali tuttavia non appaiono così significative, in quanto l'assenza di un'espresa menzione non aveva in passato suscitato particolari dubbi interpretativi: si pensi, ad esempio, alla specificazione che dazione o promessa sono rilevanti anche se ricevute «per altri». Altre, invece, certamente lodevoli, quali l'inclusione delle due ipotesi di corruzione attiva (dei soggetti apicali e dei sottoposti) di cui al co. 3 tra i reati-presupposto dalla cui commissione può discendere una responsabilità da reato dell'ente (cfr. art. 25 ter, co. 1, lett. *s-bis*, d.lgs. n. 231/2001).

Il testo della valutazione del GRECO, *Evaluation report on Italy. Incriminations – Third evaluation round*, Strasburgo, 20-23 marzo 2012 (v. in particolare § 110), è reperibile [cliccando qui](#).

²⁸ L'art. 3, co. 2 dell'Azione Comune 98/742/GAI, in effetti, prevede che le misure attuative dell'Azione stessa siano applicabili «ai casi di condotte che ... producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto».

²⁹ Una completa disamina delle diverse opzioni di politica criminale in materia è offerta da ACQUAROLI -FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit.; HEINE-HUBER-ROSE (eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures*, Freiburg i. Br. – Paris, 2003; SPENA, *Punire la corruzione tra privati? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 819 ss.

³⁰ La giustificazione della criminalizzazione della corruzione tra privati in Francia (art. 152-6 *Code du Travail*) risiede nella violazione, da parte del dipendente, degli obblighi di correttezza e lealtà nei confronti del proprio datore di lavoro scaturenti dal contratto di lavoro. In altre parole, l'offensività del fenomeno si attesta nel perseguimento, da parte dell'agente, di interessi altri rispetto a quelli del titolare, al quale sarebbe invece chiamato ad essere 'fedele'. Per una critica di tale approccio v. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 823 ss.

³¹ Il modello tedesco di criminalizzazione della corruzione tra privati è ispirato alla protezione di un interesse di natura pubblicistica: la libera concorrenza. Inserito nel titolo ventiseiesimo dello *Strafgesetzbuch*, dedicato ai reati contro la libera concorrenza, il § 299, 1° comma, ruota attorno alla condotta dell'impiegato o dell'agente di un'impresa che, nell'ambito di una transazione economica, domandi o accetti la promessa o l'offerta di un'utilità, anche per interposta persona, come corrispettivo per favorire indebitamente un'altra persona nell'acquisto in concorrenza di beni o servizi commerciali, mentre il 2° comma punisce l'ipotesi di corruzione attiva, ossia di chi dà, offre o promette utilità. Per una completa ricostruzione del modello tedesco si rimanda nuovamente a SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 826 ss. Rilievi critici in merito alla costruzione in termini di pericolo astratto del § 299 StGB sono espressi da VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in ACQUAROLI-FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit., p. 90.

³² Genericità, contraria al canone costituzione della sufficiente determinatezza che sempre dovrebbe ispirare l'intervento penale, rilevata da MILITELLO, *Fondi neri*, cit., p. 922, il quale sottolinea la varietà (dunque, l'indeterminatezza) dei comportamenti potenzialmente infedeli nella vita d'affari.

³³ Nel senso del valore meramente simbolico del riferimento agli obblighi di fedeltà e della contestuale esclusione dell'introduzione di nuovi profili offensivi esterni cfr. SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 705 ss.

rubrica di cui appare un retaggio³⁴, ma anche sulla base dell'ampiezza della prima locuzione³⁵. Non a caso, un'impostazione non dissimile emerge, peraltro, nella sentenza *de qua* – relativa a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella –, laddove si afferma che «la stipula di un contratto dietro al ricevimento di una somma di denaro costituisce già di per sé violazione del dovere di lealtà verso l'azienda datrice di lavoro»³⁶.

Dall'altro lato, riecheggia più forte l'esempio tedesco. Il nuovo regime di procedibilità previsto dal 5° comma prevede, infatti, un'eccezione alla necessaria iniziativa della persona offesa, nel caso in cui «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi». La concezione del fenomeno corruttivo – sia nel settore pubblico, sia nell'ambito delle pratiche d'affari tra privati – quale fattore di alterazione delle dinamiche del libero mercato è stata in più occasioni ribadita a livello sovranazionale³⁷ ed era stata assunta in passato anche dallo stesso legislatore nazionale³⁸.

Tuttavia, deve escludersi che l'intervento normativo in oggetto comporti l'assimilazione del modello tedesco. In particolare, la lesione del corretto gioco della concorrenza non entra a far parte degli elementi costitutivi del reato: l'evento tipico continua ad identificarsi nel pregiudizio interno di carattere principalmente patrimoniale. Affinché scatti la procedibilità d'ufficio, difatti, l'effetto distorsivo deve dipendere non già dalla sola condotta corruttiva, bensì da un *fatto*³⁹ che presenti tutti gli estremi della fattispecie tipica, compreso dunque il «nocu-

³⁴ La quale, al pari dell'ipotesi di cui al precedente art. 2634 c.c., si fondava sullo schema «fedeltà/infedeltà», ricostruito da FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di «infedeltà»*, cit., p. 393, in chiave soggettiva: «esso, da un lato, riecheggia un dovere etico-giuridico modellato sul rapporto familiare di coniugio; dall'altro, connota tale relazione in termini *soggettivi* di «fiducia», piuttosto che in termini *oggettivi* di correttezza».

³⁵ In particolare, secondo ALDROVANDI, *Art. 2635 c.c.*, in LANZI-CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2007, pp. 217-218, la predetta locuzione deve essere interpretata in senso ampio, ossia comprensiva anche di obblighi generici, quale ad es. l'obbligo di impedire il compimento di «fatti pregiudizievole» ex art. 2392, co. 2, c.c. Analogamente MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 236, il quale riteneva già incluso nella «latitudine interpretativa» degli «obblighi inerenti l'ufficio» qualsiasi dovere di fedeltà, lealtà e correttezza, anche non espressamente formalizzati, salvo poi proporre una lettura restrittiva costituzionalmente compatibile, ancorata ad «obblighi specificamente ricavabili dai precetti civilistici».

³⁶ In questo preciso senso si esprime MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 2700. Ritiene infatti l'A. che il nuovo requisito della 'infedeltà' «con molta probabilità, rischierà in concreto di rilevarsi del tutto pleonastico, potendosi considerare in contrasto con tale 'obbligo di fedeltà' il fatto stesso di avere ricevuto e/o accettato la promessa di 'denaro od altra utilità' da parte di soggetto esterno alla società per compiere un atto foriero di 'nocumento' per la società medesima».

³⁷ Il già citato art. 3, co. 2, dell'Azione Comune 98/742/GAI aveva infatti caldeggiato la repressione penale di quelle condotte di corruzione nel settore privato «che comportino o possano comportare distorsione di concorrenza come minimo nell'ambito del mercato comune» e la successiva Decisione quadro 2003/568/GAI ha ribadito precise sollecitazioni d'intervento in materia: in *primis*, nel Considerando n. 9 si sottolinea che «gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi i 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»; inoltre, art. 3, co. 2, precisa che uno Stato membro non potrebbe legittimamente escludere dall'ambito di rilevanza della fattispecie «le condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali».

³⁸ Il riferimento è all'art. 29 della legge comunitaria 2007 (l. 25 febbraio 2008, n. 34), contenente una delega cui non fu mai data attuazione. Secondo tale disposizione, attuativa della Decisione quadro del 2003, la progettata fattispecie generale incriminatrice della corruzione tra privati – la quale, tra l'altro, doveva essere inserita all'intero del titolo VIII, capo II, del libro II del codice penale, relativo ai delitti contro l'industria e il commercio – faceva dipendere la punibilità del fatto dalla circostanza che la condotta «comport[asse] o po[tesse] comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali». Per un'analisi del citato progetto di riforma si rimanda a PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione tra privati: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 769 ss.

³⁹ Di diverso avviso è SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 712 ss. L'A. suggerisce una ricostruzione degli illeciti quali «reati con doppio evento alternativo», con un regime di procedibilità differenziato a seconda del tipo di evento in concreto verificatosi. Secondo tale impostazione, dunque, l'effetto distorsivo dovrebbe dipendere non già dal fatto, bensì dalla sola *condotta*. La principale argomentazione addotta dall'A. risiederebbe nel raffronto della locuzione di cui al co. 5 («salvo che dal fatto») con la clausola di sussidiarietà espressa presente in apertura della disposizione («salvo che il fatto»). Quest'ultima comprenderebbe anche il caso in cui «solo una parte del fatto integri la fattispecie di un più grave reato»: in virtù dell'assonanza con la prima locuzione, conclude l'A., anche nel caso di cui al co. 5 dovrebbe rilevare la verifica solo parziale del fatto, ossia, in ipotesi, la sola condotta infedele o parte di essa. Negli stessi termini si esprime anche PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 11 (suppl.), nota n. 31: l'A., invero, se da un lato rileva l'irragionevolezza della previsione di una distorsione concorrenziale in aggiunta rispetto al pregiudizio patrimoniale interno (e con ciò concludendo a favore dell'alternatività dei due profili), dall'altro riconosce che il testo della disposizione non si spinge a tal punto.

La tesi appena prospettata – aderendo alla quale si giungerebbe, sul piano dell'offensività, a riconoscere autonoma dignità al bene giuridico concorrenziale – non pare pienamente condivisibile per una serie di rilievi, sul piano sia sostanziale, sia procedurale. Sotto il primo profilo, infatti, è proprio il dato testuale, come rilevato dai primi commentatori (cfr. ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, p. 18; SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 1, p. 12; MILITELLO, *Fondi neri*, cit., p. 922), a richiedere che la distorsione alla libera concorrenza sia prodotta dal *fatto*, come tale ricomprendete tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica. Se il legislatore avesse inteso configurare tale evento come alternativa al danno patrimoniale lo avrebbe senz'altro dovuto fare esplicitamente, in ossequio ad ineliminabili esigenze di sufficiente determinazione dell'illecito penale. In aggiunta, ammettere che la procedibilità muti in presenza di una non ben delineata 'parte del fatto tipico' non fa che alimentare incertezze circa l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sia nel caso di una iniziativa officiosa, sia quando la parte privata rimuova l'ostacolo giuridico ad esso frapposto.

mento alla società»⁴⁰. Ne consegue perciò che l'interesse oggetto di tutela secondo il modello concorrenziale tedesco trova un riconoscimento solo indiretto e marginale: «quando il reato diviene procedibile d'ufficio, l'oggetto giuridico si colora di venature pubblicistiche, ma senza abbandonare la sua vocazione di proteggere innanzi tutto l'interesse societario, rispetto al quale quello alla tutela della libera concorrenza appare comunque recessivo»⁴¹. In altre parole, la diversa procedibilità presuppone pur sempre che sia data la prova della causazione di quel 'nocumento' che costituisce il fulcro della incriminazione *de qua*.

Le commistioni, peraltro solo marginali, con gli alternativi modelli di tutela predisposti dagli ordinamenti francese e tedesco non si risolvono dunque nell'apertura al paradigma della plurioffensività, con ciò evitando una dilatazione *ad libitum* della portata applicativa della fattispecie. Se la prospettata conseguenza appare indubbiamente un lodevole argine a risultati giurisprudenziali 'creativi', è indubbio che l'ottica prettamente privatistica – sul piano tanto della punibilità, quanto della procedibilità – mantenuta dalla riforma anticorruzione si manifesti in evidenti lacune sul piano dell'applicazione pratica dell'incriminazione.

5. Principali ragioni della disfunzione applicativa della fattispecie.

In via generale, la disfunzione applicativa della fattispecie *de qua* pare in gran parte, se non integralmente, addebitabile alle distonie tuttora presenti tra la stessa e la differente struttura prevista dalle fonti extranazionali. Le cautele adottate dal legislatore italiano in sede attuativa si sono tradotte in una (quasi) totale assenza di condanne, secondo quanto peraltro già rilevato dal GRECO⁴².

Come anticipato, è irrealistico sperare in un'inversione di tendenza su impulso della nuova formulazione dell'art. 2635 c.c., la quale – benché dichiaratamente «in attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110» e, dunque, prefiggendosi l'intenzione di superare le precedenti discrasie⁴³ – è piuttosto espressione compromissoria di una politica, per così dire, di *self-restraint* da parte del Parlamento, a beneficio di preoccupanti espressioni di *mala gestio* imprenditoriale. La stessa Commissione Europea ha, in effetti, di recente riaffermato l'esigenza di «[g]arantire il pieno recepimento ed attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato»⁴⁴.

In primo luogo, la cerchia dei destinatari dell'intervento punitivo, pur estesa ai 'sottoposti', non riflette adeguatamente il più generale ambito applicativo, previsto a livello europeo, per chiunque «svolg[a] funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo»⁴⁵. Non solo. Le predette attività professionali dovrebbero assumere rilievo non esclusivamente nel ristretto ambito delle società commerciali, bensì rispetto a qualsiasi entità di diritto privato «a scopo di lucro»⁴⁶.

Inoltre, come anticipato (*supra sub* § 4), la previsione del nocumento alla società quale evento tipico esprime la volontà selettiva di approntare tutela a beni giuridici meramente privatistici ed interni al singolo ente societario, così rinunciando a dare spazio ad interessi di natura collettiva o diffusa. Seppur nei più ampi termini precedentemente ricostruiti, ossia qua-

⁴⁰ Non si richiede, invece, che sussista un nesso causale tra l'evento-nocumento e l'evento-distorsivo, differentemente dalla necessaria concatenazione eziologica tra gli altri elementi costitutivi (ossia tra dazione/promessa di utilità e compimento/omissione di atti, nonché tra quest'ultimo e il nocumento). Sono in questo senso le concordi osservazioni di SEVERINO, *La nuova legge*, cit., p. 12; BARTOLI, *Corruzione tra privati*, cit., p. 445.

⁴¹ ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 20.

⁴² Cfr. GRECO, *Evaluation report on Italy*, cit., § 109.

⁴³ Questa anche l'interpretazione autentica proposta dal Ministro Severino all'indomani della riforma del 2012 (SEVERINO, *La nuova legge*, cit., p. 7). Anche in passato, con riferimento cioè alla vecchia fattispecie di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», la relazione di accompagnamento al 'progetto Mironi' manifestava un affine intendimento di adeguamento alle prime iniziative sovranazionali in materia.

⁴⁴ *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione – Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*, COM (2014) 38 final, Annex 12, Bruxelles, 03 febbraio 2014, reperibile [cliccando qui](#).

⁴⁵ Cfr. Art. 2.1, lett. a), Decisione quadro 2003/568/GAI.

⁴⁶ Cfr. Art. 2.2, Decisione quadro 2003/568/GAI.

le pregiudizio non necessariamente di natura patrimoniale purché suscettibile di valutazione economica, la prova dell'effettiva verifica di un documento alla società limita la portata applicativa della fattispecie. L'effetto è anzi soprattutto quello di snaturare i tratti di un'incriminazione, intesa dalle fonti sovranazionali quale *pendant* della corruzione pubblica nel contesto dell'impresa privata, incanalata a livello domestico sulle conseguenze pregiudizievoli causate dal fenomeno corruttivo e non già sullo scambio illecito in quanto tale⁴⁷.

Il maggior ostacolo all'applicazione della fattispecie si ascrive peraltro al regime di procedibilità, sia nel caso 'regolare' affidato all'iniziativa della persona offesa, sia in quello eccezionale officioso: nel primo, i limiti sono di natura *pratica*, ossia legati alla stessa opportunità di innescare un procedimento penale; di contro, nel secondo, *anche* di tipo *giuridico*, stanti le difficoltà di definire e, così, accertare in concreto una «distorsione della concorrenza» giuridicamente rilevante.

Quanto al regime privatistico, è di tutta evidenza come la scelta di affidare l'iniziativa procedimentale alla società⁴⁸ possa sensibilmente ridurre le concrete possibilità che il delitto sia portato a conoscenza delle competenti autorità. Non di rado, in ambito societario, innescare la vicenda giudiziaria può contribuire ad ampliare lo spettro delle perdite, ad esempio di natura reputazionale⁴⁹, e la società-vittima potrebbe ritenere opportuno non rendere una simile circostanza di pubblico dominio.

L'ipotesi di procedibilità d'ufficio fomenta altresì ulteriori problematiche applicative di non poco conto: in particolare, la disposizione non guida l'interprete nella delimitazione della nozione di 'concorrenza'.

Invero, quest'ultima può rimandare ad una duplice prospettiva: quella *macro-economica*, incentrata sul mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato, in ragione delle sue implicazioni quale fattore di crescita dell'economia nazionale e comunitaria⁵⁰; quella *micro-economica*, funzionale alla protezione di interessi particolari facenti capo a singoli imprenditori concorrenti nonché ai consumatori⁵¹. Nonostante l'adesione europea alla prima accezione, è solo concependo l'effetto distorsivo in chiave micro-economica⁵² – ossia con riferimento ad alterazioni non già di un intero settore commerciale, bensì di specifiche operazioni di acquisizione o scambio di beni o servizi – che lo stesso è suscettibile di essere riscontrato di volta in volta nel caso concreto. Si può invece ragionevolmente dubitare della verificabilità empirica

⁴⁷ In particolare, secondo ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 16, l'attuale formulazione dell'art. 2635 c.c. continua a caratterizzarsi come «frutto dell'ibridazione tra lo schema della corruzione propria antecedente e quello dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.». Analogamente cfr. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, p. 35.

⁴⁸ Il tema dell'individuazione del soggetto legittimato ad esercitare il diritto di querela nell'ambito degli enti collettivi è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Con riferimento specifico alle società commerciali, suole distinguersi sulla base della natura dell'offesa subita: nel caso di offesa *esterna* (ossia proveniente da soggetti altri rispetto ai titolari del potere sociale), il diritto di querela dovrebbe essere esercitato dall'organo amministrativo (consiglio d'amministrazione o amministratore unico); in quello di offesa *interna* (rilevante nel caso di specie), la decisione sarebbe invece demandata alla maggioranza assembleare. Per ulteriori precisazioni e riferimenti bibliografici si consenta il rinvio a RICARDI-VALSECCHI in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. 1, 3^a ed., 2011, art. 120, p. 1663 ss.

⁴⁹ Anche con riguardo alla «infedeltà patrimoniale» è stato, in effetti, sostenuto – SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria* (art. 2634 c.c.), *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, n. 3-4, p. 830 – che pare «inverosimile (o quanto meno molto dubbioso) che soggetti che hanno poteri di rappresentanza e gestione, come quelli che risultano soggetti attivi della fattispecie incriminatrice, finiscano per portare a conoscenza dell'autorità giudiziaria condotte dalle quali potrebbero rispondere in sede penale. E verosimilmente avranno anche un'ampia copertura interna nella maggioranza dei soci di riferimento».

Ancora, si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi di cui all'art. 623 c.p. («rivelazione di segreti scientifici o industriali»), anch'essa perseguibile a querela della persona offesa, quest'ultima identificabile nel titolare del segreto. Il predetto soggetto passivo potrebbe in certi casi razionalmente valutare di non esporre il fatto a procedimento penale, di per sé ulteriore possibile fonte di diffusione del segreto stesso. In questi termini, con specifico riferimento al segreto industriale, si è espressa GIAVAZZI, *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 493.

⁵⁰ È questa, in particolare, la prospettiva evocata dal Considerando n. 9 della Decisione quadro 2003/568/GAI, secondo cui: «Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico».

Si consideri, peraltro, che nelle fonti extranazionali si fa riferimento ad un danno non solo effettivo, ma anche solo potenziale. Una ricostruzione della fattispecie in termini di pericolo concreto per l'economia di mercato emerge anche dal fallito progetto contenuto nell'art. 29 della legge comunitaria 2007 (v. *supra sub* nota n. 38).

⁵¹ Una chiara ricostruzione del modello concorrenziale, nella duplice accezione macro-economica e micro-economica, è operata da SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 826 ss.

⁵² Cfr. SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 710; MONGILLO, *La corruzione*, cit., pp. 200-201.

(dunque, della conformità a Costituzione⁵³) di un risultato offensivo macro-economico che sia conseguenza di un isolato episodio corruttivo. Tutt'al più, un effetto distortivo 'ad impatto generale' (sul mercato o su un settore economico nel suo complesso) potrebbe unicamente «derivare da una serie di condotte seriali e pervasive»⁵⁴.

6. Riflessioni conclusive.

Come emerge dai rilievi che precedono, il passaggio dalla vecchia alla nuova formulazione della «corruzione tra privati» non muta sensibilmente i termini di una questione già affiorata all'indomani della riforma penale-societaria del 2002. A distanza di dieci anni, infatti, il legislatore del 2012 si è limitato a compiere un timido tentativo di adeguamento alle sollecitazioni extranazionali, con ciò alimentando le importanti lacune applicative già in passato manifestatesi. La sentenza del Tribunale di Udine in commento, pur non sollevando controverse questioni interpretative, acquisisce risalto 'eccezionale' proprio in virtù dell'assenza di condanne *ex art. 2635 c.c.*

È pur vero, d'altro canto, che l'inserimento del nuovo 5° comma consente di ipotizzare nuovi scenari: non solo con riguardo all'ampliata possibilità di contestare l'illecito *de quo*, ma anche sul versante dell'applicazione di misure cautelari patrimoniali.

Il fenomeno corruttivo – andando ad alterare quei meccanismi di allocazione delle risorse, fisiologicamente sensibili soltanto alle logiche interne al mercato – compromette inevitabilmente il libero esplicarsi del gioco concorrenziale, nei confronti di concorrenti tanto attuali, quanto potenziali. Di talché un effetto distortivo di singole operazioni di acquisizione o scambio di beni o servizi (ossia della concorrenza se intesa in senso *microeconomico*) sarebbe astrattamente suscettibile di essere riscontrato molto frequentemente, se non addirittura senza eccezioni. In altre parole, benché la legge richieda il verificarsi di un'effettiva alterazione della libera concorrenza, non accontentandosi cioè di condotte meramente idonee a determinare un pericolo in tal senso⁵⁵, si fatica ad immaginare casi in cui, a fronte dell'illecito scambio tra tangenti e compimento od omissione di atti antidoverosi (peraltro, negli ampi termini già prospettati e recentemente ampliati, attraverso il generico rimando agli «obblighi di fedeltà»), non si determini un turbamento dei naturali meccanismi del libero mercato.

Ciò è senz'altro vero con riferimento ai casi di corruzione *propria*, gli unici peraltro ascrivibili all'ambito applicativo dell'art. 2635 c.c., con la conseguenza che lo stesso diverrebbe sempre perseguibile d'ufficio.

Senonché, aldilà degli scenari poc'anzi rappresentati (frequenti contestazioni, in quanto non più legate all'iniziativa della società stessa; applicazione di misure cautelari patrimoniali, nella specie sequestro finalizzato alla confisca), permangono insormontabili freni applicativi, identificabili nelle già menzionate distonie tra formulazione nazionale e modello europeo, prima tra tutte l'evento tipico. In effetti, sono immaginabili non pochi casi concreti in cui la lesione concorrenziale *non* presupponga anche un danno patrimoniale all'ente. Si pensi all'ipotesi di un imprenditore che corrisponda una somma di denaro ad un giornalista affinché pubblici una notizia falsa e negativa su un'impresa concorrente, ovvero affinché si astenga dal rendere note circostanze vere ma disonorevoli sulla propria azienda; ad un accordo illecito dal quale derivino vantaggi reciproci alle società di appartenenza del corruttore e del corrotto⁵⁶; o ancora al caso in cui «dinanzi a una pluralità di soluzioni equivalenti per la società di appartenenza, l'agente adotti la delibera favorevole al corruttore»⁵⁷.

⁵³ Il canone costituzionale di tassatività-determinatezza della fattispecie incriminatrice infatti, da un lato, secondo un risalente (ma ancora attualissimo) insegnamento del giudice delle leggi, impone al legislatore di riferirsi «a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili» (Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96); dall'altro, è quanto mai essenziale anche sul piano della procedibilità, in virtù del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* (cfr. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c., cit.*, p. 2700).

⁵⁴ MONGILLO, *La corruzione, cit.*, p. 201.

⁵⁵ Diversa la lettura di SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Soc.*, 2013, p. 65, condivisa da BRICCHETTI, *La corruzione tra privati, cit.*, p. 518, per cui, sulla base dell'assunto che «la concorrenza non rappresenta uno stato di fatto o un fenomeno suscettibile di riscontro empirico, ponendosi piuttosto come una qualità del mercato legata alle condizioni di accesso», l'effetto distortivo andrebbe inteso in termini di pericolo astratto.

⁵⁶ Quest'ultimo esempio è proposto da MILITELLO, *Fondi neri e corruzione, cit.*, p. 923.

⁵⁷ SEMINARA, *Il reato, cit.*, p. 65.

Per superare l'*impasse*, sono state avanzate talune opzioni ermeneutiche tese ad ampliare la portata applicativa della fattispecie.

È stata prospettata l'alternatività tra nocumento e distorsione della concorrenza e la conseguente modifica del regime di procedibilità qualora nel caso concreto ricorra uno solo dei due eventi⁵⁸. Aderendo a tale lettura, in altre parole, l'effetto distorsivo dovrebbe porsi quale esito immediato e diretto della condotta. Siffatta ricostruzione, se da un lato appare più fedele alla *ratio* di tutela extranazionale, poiché riconosce dignità autonoma a profili offensivi esterni all'ente societario, dall'altro rischia di stravolgere il dato testuale, ineliminabile riferimento per l'interprete. Più coerente con l'impostazione restrittiva proposta dal legislatore è richiedere, per passare alla procedibilità d'ufficio, l'accertamento tanto di un pregiudizio patrimoniale, quanto di una distorsione concorrenziale, pur non giungendo all'estrema conseguenza di prescrivere altresì un rapporto di derivazione causale tra gli stessi⁵⁹.

Percorribile senza particolari difficoltà è invece la strada di estendere l'applicazione del reato per il tramite dell'istituto del tentativo⁶⁰: la non verificazione dell'evento-nocumento è in tal caso prescritta 'per definizione'. Data la prova della lesione alla libera concorrenza, il compimento o l'omissione dell'atto antidoveroso oggetto di mercimonio sarebbe pertanto perseguibile in forma officiosa, purché concretamente idoneo ed inequivocabilmente diretto alla causazione di un nocumento a carico della società. Senonché, tale seconda lettura aggira un ostacolo – quello della prova di un effettivo danno patrimoniale –, ma non consente, di contro, il superamento delle obiezioni in precedenza formulate circa il significato della nozione di 'concorrenza'. Sarebbe cioè impossibile la verifica empirica della causazione di un effetto distorsivo macro-economico quale esito di un singolo episodio corruttivo.

Non resta dunque che arrendersi all'evidenza di una fattispecie che si limita a criminalizzare le conseguenze patrimoniali pregiudizievoli del patto corruttivo. Si tratta, ancora una volta, di un intervento legislativo difettoso ed insoddisfacente, espressione di istanze punitive simboliche. Dinanzi all'attuale quadro normativo, non spetta certo all'interprete far fronte alla disfunzione applicativa del reato, che non si fatica a pronosticare anche con riguardo alla 'nuova' formulazione.

In presenza della perdurante inerzia del legislatore nazionale, solo l'ennesimo intervento europeo – questa volta attraverso lo strumento 'forte' della direttiva e sotto minaccia di una procedura d'infrazione avanti alla Corte di Giustizia⁶¹ – potrebbe consentire la predisposizione di un modello tutto incentrato sullo scambio corruttivo in quanto tale, in ragione della sua concreta idoneità a cagionare negative ripercussioni sull'economia di mercato. Quest'ultimo esito potrebbe contribuire a colmare le carenze della fattispecie sotto il profilo del diritto vivente, con ciò finalmente rafforzando «la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità» – ad oggi, in effetti, non solo in rubrica circoscritta alla pubblica amministrazione – anche nelle pratiche d'affari tra privati. Se correttamente si tiene conto della percezione sovranazionale nel senso della centralità dell'interesse concorrenziale, non si comprende l'irragionevolezza di un così distante trattamento rispetto ad analoghi fenomeni offensivi rinvenibili su un piano meramente pubblicistico.

⁵⁸ Tale lettura è sostenuta in particolare da SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 712 ss. e condivisa da PULITANÒ, *La novella*, cit., nota n. 31. Si rimanda alla nota n. 39 per una più puntuale ricostruzione della tesi prospettata. Si consideri, peraltro, che l'ingresso della «distorsione della concorrenza» tra gli elementi costitutivi del reato ne comporta la necessaria inclusione nell'oggetto del dolo: conseguenza, invece, da escludersi nel caso in cui l'effetto distorsivo sia relegato unicamente al piano della procedibilità.

⁵⁹ Si consenta anche in questo caso un rimando alla letteratura citata ed alle considerazioni giù svolte nella nota n. 39.

⁶⁰ Cfr. SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 713, nota n. 59; BARTOLI, *Corruzione tra privati*, cit., p. 446.

⁶¹ Un simile esito è prospettato da DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 246.

In effetti, le vigenti fonti europee in materia (cfr. in particolare Azione Comune 98/742/GAI e Decisione quadro 2003/568/GAI) non hanno mai concretato veri e propri obblighi di criminalizzazione. La direttiva è misura di I pilastro (i.e. sottostà al c.d. metodo comunitario, che consente, in via di estrema approssimazione, una maggiore democraticità delle scelte punitive sovranazionali), la quale, secondo la competenza penale autonoma ex art. 83.1 TFUE, può intervenire a dettare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» in talune sfere di criminalità tra cui rientra espressamente la corruzione. Oltre al rilievo rivestito dalla nuova procedura di adozione delle predette direttive (ossia attraverso il procedimento legislativo ordinario), la novità più rilevante rispetto alle misure pre-Lisbona è proprio la presenza di una tutela giurisdizionale sotto forma di procedura d'infrazione, nel caso di loro mancata trasposizione, quantomeno con riguardo ai principali obiettivi comunitari in esse espresse. Per un dettagliato quadro delle conquiste dell'Unione Europea in tema di diritto penale sostanziale si consenta il rimando *inter alia* a BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 43 ss.