



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletta, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci,
Daniele Negri, Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2018



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2019
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675634-3
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO <i>Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalismo e giurisdizione penale</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Fare luce sulla zona grigia</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>La lingua del diritto penale</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale</i>	161

I grandi temi *La tutela della persona umana*

ROBERTO BARTOLI <i>Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature</i>	195

MICHELE PAPA

*La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali:
appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità* 213

ANTONIO VALLINI

Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico 223

I grandi temi Negazionismo

GIULIANO BALBI

Il negazionismo tra falso storico e post-verità 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo:
nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?* 265

CORRADO DEL BÒ

Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto 291

I grandi temi Tortura

GIOVANNI CANZIO

*I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza
della Corte di cassazione* 305

STEFANIA CARNEVALE

*Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale
e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali* 325

LUCIA RISICATO

*L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale
e crimini contro l'umanità* 351

Il punto su... *La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.*

GIAN PAOLO DEMURO

L'estinzione del reato mediante riparazione 373

SERGIO SEMINARA

Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione 383**Il punto su...** *La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ

La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore 437**Antologia**

FABIO BASILE

Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo? 463

FRANCESCO CALLARI

La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili 475

ALBERTO CAPPELLINI

Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale 499

GAETANO CARLIZZI

Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale 521

RICHARD DUBÉ – MARGARIDA GARCIA <i>L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpae</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>Dalla difesa legittima all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita</i>	765
VICO VALENTINI <i>Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3</i>	785

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO <i>Criminal law, insanity, and neuroscience</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalism and criminal justice decision-making</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Shedding light on the grey area</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>The language of the criminal law</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Decriminalization and “criminal matter”. The graduation of guarantees between form and substance</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Some remarks on the certainty and consistency of judicial decisions</i>	161
 Big themes <i>Protecting the human person</i>	
ROBERTO BARTOLI <i>Brief remarks on end of life starting with the notions of “human being”, “individual” and “person”.</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>Protecting sexual freedom and Cupid’s struggles in the post-modern era</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>The person’s interests protected by the criminal law: old and new nuances</i>	195

MICHELE PAPA

*The physiognomy of the Actus Reus in the structure of sexual offenses:
notes for a reflection on the crisis of the Tatbestand* 213

ANTONIO VALLINI

The legal “discourse” about the “person”: a tentative lexicon 223

Big themes *Historical denialism*

GIULIANO BALBI

Historical denialism between fabrications of history and post-truth 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*From the criminalization of hate speech to the aggravating factor
of historical denialism: nothing more than a further outcome of
“symbolic” criminal law-making?* 265

CORRADO DEL BÒ

Tolerating the intolerable. Historical denialism between ethics and law 291

Big themes *Torture*

GIOVANNI CANZIO

Nazi war crimes in Italy (1943-1945) in the case law of the Cassation Court 305

STEFANIA CARNEVALE

*Torture and mistreatments in prison: penitentiary law procedural
protections supporting substantive tools* 325

LUCIA RISICATO

*The ambiguous texture of the crime of torture, between the militarization
of the criminal law and crimes against humanity* 351

Focus on... *The new provision of Art. 162-ter of the Penal Code*

GIAN PAOLO DEMURO

The extinction of the offense through reparation 373

SERGIO SEMINARA

Private criminal complaints and extinction of the harm caused by means of reparative conducts: food for thought 383**Focus on...** *Private corruption*

FRANCESCO MACRÌ

Private corruption (Art. 2635 of the Civil Code): recent amendments to the "Spazzacorrotti" Law (l. n. 3/2019) and the underlying problems of the Italian provisions in light of the comparative experience 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

Private corruption. A diachronic analysis of the offense's harm spectrum: competition as the child of a lesser God 437**Anthology**

FABIO BASILE

Violence against women and the criminal law: where are we now? 463

FRANCESCO CALLARI

Reforming in malam partem a final decision: from the fight against terrorism and organized crime to futuristic horizons 475

ALBERTO CAPPELLINI

Machina delinquere non potest? Brief remarks on artificial intelligence and criminal liability 499

GAETANO CARLIZZI

Freedom of conviction as a guiding principle for both the legislature and the judge in the criminal trial context 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA <i>Public opinion as the foundation of the right to punish: fragments of a new theory of punishment?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpa</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>From self-defense to legitimized offense? Assessing the rationales of proposed amendments to Art. 52 of the Penal Code</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Crimes beyond intention and mistake in the commission of a crime, between old paradigms and new calls for protection</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle and offense principle according to a liberal ethics</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Potentially lethal state violence and right to life under Art. 2 of the ECHR: on Art. 53 of the Penal Code re-read through the Convention's lenses</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>Criminal liability of medical professionals between generic and specific negligence</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brief remarks on linguistic contamination in the criminal law</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>Gross negligence as a limit to negligence charges: a look at the Penal Codes of unified Italy</i>	765
VICO VALENTINI <i>Duty to assist or right to ram? First remarks on the Sea Watch 3 case</i>	785

Il punto su...
La corruzione tra privati

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI. UN'ANALISI DIACRONICA DELLO
SPETTRO OFFENSIVO DELLA FATTISPECIE OVVERO
LA CONCORRENZA COME *FIGLIA DI UN DIO MINORE* (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fenomenica. – 3. Fenomenologia offensiva. – 4. La distanza dal modello pubblicistico. – 5. Lo spettro offensivo della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. nel suo progressivo mutamento. – 5.1. Dal 2002 al 2012. – 5.2. Dal 2012 al 2017. – 5.3. Dal 2017 in poi. – 5.3.1. L'antidoverosità dell'atto: contenuto (anfibolo) e interazione (a rischio di sincretismo) con altri elementi del fatto tipico. – 5.3.2. La variante concorrenziale nell'ultima versione di un *work in progress*. – 6. Considerazioni riepilogative e conclusive: l'avvertita esigenza di un percorso di razionalizzazione. – 7. Uno sguardo sugli scenari futuribili.

1. *Premessa*

Destino singolare – almeno per ora – quello della fattispecie prevista dall'art. 2635 c.c. Alcuni dati oggettivi lo dimostrano: la frequenza degli interventi legislativi – quattro dal 2002 (anno in cui la figura è stata introdotta), di cui due, quello del 2012 e quello del 2017, (non di semplice revisione, ma) di riforma¹ –; la sua rarefatta applicazione, con due sole pronunce di legittimità² e una di merito³ – a quanto consta – in sedici anni di vigenza.

Che qualcosa non sia andato come doveva, è evidente. Che una sorta di ibridismo alberghi ancor oggi nel *tipo* è quanto cercheremo di dimostrare percorrendo l'itinerario concettuale in questa prospettiva più conveniente, vale a dire quello che dirige il *focus* sugli interessi tutelati. Un percorso argomentativo, da intraprendere in chiave diacronica, capace di mettere a nudo la fattispecie, svelandone pregi e difetti.

(*) Il presente lavoro costituisce il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta il giorno 8 marzo 2018 presso l'Università degli studi di Firenze nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale “*La recente legislazione penale*”.

¹ Ripercorre schematicamente le tappe che hanno scandito il percorso normativo E. Amati, *Art. 2635 c.c.*, in M. Franzoni-R. Rolli, *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 4266.

² Cass., sez. V, 26 maggio 2017, n. 33027 (in materia di confisca); Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14765.

³ Trib. Udine, 6 giugno 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2014, con nota di L. Zoli, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della «Corruzione tra privati»*.

2. Fenomenica

Partiamo allora dal *fatto* di corruzione tra privati secondo un approccio *pre-positivo*.

Di corruzione pur sempre si tratta. Al centro è, cioè, il tradizionale paradigma corruttivo – genericamente, lo scambio illecito tra utilità e compimento di un atto ovvero esercizio di una funzione –, che il *background* culturale del penalista ricollega ai fenomeni criminali attratti nel modello pubblicistico di corruzione. Con la peculiarità che in ambito privato i soggetti protagonisti sono privi di qualifiche pubblicistiche.

La varietà dei *fatti* in cui si manifesta il fenomeno è intuibile. Si può fare riferimento (*a*) al caso del responsabile dell'area acquisti di una società che stipuli un contratto con una determinata società fornitrice di beni a seguito della dazione (o promessa) di un vantaggio patrimoniale da parte dell'amministratore di quest'ultima; (*b*) all'ipotesi dell'amministratore che, dopo aver ricevuto una somma di denaro (o la relativa promessa) da un esponente di una società concorrente, ometta di presentare la dichiarazione dei redditi della società amministrata o (*c*) ritiri una domanda di partecipazione a una gara d'appalto; (*d*) a quello della concessione di linee di credito da parte di un dirigente bancario a favore di una società che non presenti i requisiti richiesti, sempre a seguito della dazione (o promessa) di denaro o altra utilità; (*e*) a quello dell'amministratore di una società che corrompa l'esponente di una società di certificazione in modo da ottenere la certificazione di qualità ambientale desiderata.

Il fenomeno può peraltro annidarsi all'interno di una stessa società (c.d. corruzione endosocietaria): (*f*) quando ad esempio l'amministratore, per coprire una propria responsabilità nella gestione sociale, corrisponda (o prometta) una somma di denaro ai componenti il collegio sindacale.

Lo sforzo esemplificativo può poi agevolmente estendersi al di là del contesto societario per abbracciare qualsiasi settore dell'ambito privatistico: (*g*) si pensi al proprietario di un immobile che subordini la stipula di un contratto di locazione con un soggetto al pagamento di una somma di denaro aggiuntiva, quale prezzo per ottenere la preferenza.

Tale varietà di forme di corruzione tra privati non è accomunata da un'unica proiezione offensiva. L'"identità" dei soggetti che appaiono pregiudicati dalla corruzione ne è indice rivelatore.

Nel caso (*a*) sono i terzi fornitori tagliati fuori dal patto illecito. Nei casi (*b*), (*c*) e (*d*) l'ente di appartenenza del soggetto corrotto (salvo non voler includere nel caso *d*) anche i concorrenti della società beneficiaria del credito). Nel caso (*e*) i soggetti terzi che, diremmo, hanno rispettato le regole del mercato ottenendo legittimamente o conferendo legittimamente la certificazione di qualità. Nel caso

(f) l'ente di appartenenza del corruttore e del corrotto. Nel caso (g) l'aspirante locatario estraneo all'accordo corruttivo.

3. Fenomenologia offensiva

La polimorfia offensiva della fenomenica complessivamente considerata è riducibile a due macro-aree: (i) quella concorrenziale, in cui si inscrivono i casi (a), (e) e (g) (e, volendo, anche d)); (ii) quella economico-patrimoniale, in cui si inscrivono i casi (b), (c), (d), e (f) (salvo non voler considerare l'ente del caso c) al pari pregiudicato *direttamente* sul piano concorrenziale).

Alcune necessarie precisazioni in merito all'area (i). Il riferimento alla concorrenza si presta a una duplice lettura. In chiave macroeconomica, dove la concorrenza è intesa come un preciso assetto di mercato (ossia, antimonopolistico), la cui protezione, secondo quanto previsto dalla L. n. 287/1990, è affidata alla sanzione amministrativa (salvo quanto *indirettamente* derivabile dall'ampio raggio di prescrizione punitiva della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c.⁴). In chiave microeconomica, dove è intesa come *lealtà* della concorrenza dei soggetti economici in competizione, la cui tutela è di tipo prevalentemente civilistico (art. 2598 c.c.), con un'appendice penalistica riflessa in un corpo disarmonico di norme (si pensi agli artt. 473, 474, 513, 514, 517 c.p. o all'apparato penale della normativa sanzionatoria in materia di diritto d'autore).

Posto ciò, risulta chiaro come nella fenomenica della corruzione tra privati caratterizzata da un'offesa all'interesse concorrenziale rilevi fundamentalmente la seconda accezione del concetto. Detto altrimenti, è da escludersi che nei fatti sopra richiamati possa aversi una lesione della concorrenza in senso macroeconomico, tale cioè da incidere su un assetto di mercato. Questa lesione potrebbe essere ravvisata – si pensi al caso (a) – nelle sole ipotesi di reiterazione del fenomeno o di “gigantismo” del medesimo, con riflessi, cioè, su larga scala.

La stessa accezione microeconomica del concetto è poi declinabile in funzione della fisionomia del referente della tutela. Quale bene *individuale*, l'interesse concorrenziale reclama la titolarità del soggetto economico pregiudicato dal comportamento sleale, con l'effetto di potersi confondere col suo stesso interesse patrimoniale⁵. Tuttavia, il medesimo bene può apprezzarsi anche in versione *collettiva*,

⁴ Sul tema, volendo, A.F. Tripodi, *Possibilità di un intervento penale nella disciplina antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, 521 ss.

⁵ In prospettiva critica J. Vogel, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli e L. Foffani, Milano, 2003, 88; A. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 838.

come interesse diffuso che fa capo a un numero indeterminato di operatori economici (compresi coloro che non partecipano alla gara inficiata dall'accordo illecito), la cui tutela sul piano normativo risulterà anticipata rispetto all'eventodanno di natura individuale (apprezzabile in una specifica relazione concorrenziale)⁶; con l'effetto di rendere meno afferrabile il fenomeno offensivo ovvero di generare il rischio di una sua volatilizzazione in ragione della perdita di substrato materiale.

4. *La distanza dal modello pubblicistico*

Com'è noto, nella struttura tipica della corruzione pubblica il disvalore del fatto si incentra nella stipula del *pactum sceleris*, senza cioè che venga richiesta la sua esecuzione. E il raggio dell'incriminazione copre la forma *propria* (dove l'atto oggetto di mercimonio non è conforme ai propri doveri), come quella *impropria* (dove l'atto oggetto di mercimonio è conforme ai propri doveri).

È opportuno e possibile trasferire tale modello di incriminazione in ambito privato?

In altri termini, è corretto pensare che l'opera di tipizzazione della corruzione privata possa consistere nella semplice trasposizione dello schema pubblicistico in un contesto in cui i soggetti protagonisti dell'accordo illecito sono privi di qualifiche pubblicistiche?

Invero, l'assenza di coloriture pubblicistiche negli interessi assunti come rilevanti, quale precipitato della mancanza di qualifica pubblicistica in capo al titolare della funzione il cui esercizio è oggetto di scambio, muta lo scenario di riferimento, creando una distanza tra le due figure difficilmente colmabile.

Già sul piano, si direbbe, criminologico emerge un profilo differenziale decisivo⁷. Nella corruzione pubblica si ravvisa una coincidenza di obiettivi tra l'ente di appartenenza del corrotto e i soggetti estranei all'accordo corruttivo: né la pubblica amministrazione né i cittadini – normalmente⁸ – traggono vantaggi dalla

⁶ Sul tema, in generale, F. Sgubbi, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in *Quest. crim.*, 1975, 439 ss. Più di recente, A. De Vita, *I reati a soggetto passivo indeterminato*, Napoli, 1999.

Riconosce tale veste alla leale concorrenza lesa da un fatto di corruzione tra privati, giustificandone la rilevanza come bene giuridico meritevole di tutela penale, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, 445.

⁷ Sottolineato, da ultimo, da R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7.

⁸ Non si può tacere il caso, comunque eccezionale, in cui l'ente pubblico, in ipotesi una stazione appaltante, si avvantaggi dell'episodio corruttivo che ha interessato un soggetto ad esso appartenente. Ciò può avvenire quando costui includa nell'accordo corruttivo, quale corrispettivo

corruzione; anzi, tutt'altro. Diversamente, in ambito privato, come si desume dagli esempi riportati, l'ente del corrotto può risultare danneggiato dalla corruzione (si pensi ai casi *a*), *b*), *c*), *d*) e *f*) oppure indifferente alla medesima (si pensi al caso *a*) o ancora avvantaggiato da essa (si pensi ai casi *a*) ed *e*)⁹); e i soggetti terzi potranno non subire pregiudizi (si pensi ai casi *b*), *c*), *d*) e *f*) o, al contrario, incarnare proprio i soggetti danneggiati dallo scambio illecito (si pensi ai casi *a*), *d*), *e*) e *g*)).

Valorizzando le specificità dell'oggetto di tutela nella fenomenica privata, si può rilevare come la presenza di *sol*i interessi economici o comunque di rilievo economico – il patrimonio o la lealtà della concorrenza – rappresenti un argomento a favore della richiesta dell'effettivo compimento dell'atto oggetto dello scambio ai fini dell'integrazione della fattispecie¹⁰. La stessa esemplificazione sopra proposta tradisce una percezione del fenomeno calibrata sul reale pregiudizio nei confronti della vittima – ricollegabile sul piano eziologico necessariamente all'esecuzione dell'accordo illecito –, piuttosto che sul pericolo di esso insito nell'accordo *tout court*.

Il disallineamento delle due figure di corruzione dovrebbe poi potersi apprezzare in maniera più pronunciata assumendo quale interesse di riferimento quello della lealtà concorrenziale.

Si è osservato come la criminalizzazione dell'aggiudicazione di un contratto al concorrente che ha offerto le migliori condizioni, pur avendo pagato una tangente, non produca alcuna offesa alla concorrenza. Sarebbe dunque lo stesso principio di offensività a limitare la rilevanza penale alle sole ipotesi di corruzione privata *propria*¹¹. E, in effetti, in capo all'agente privato non grava quel dovere di imparzialità ovvero di perseguimento del buon andamento della pubblica amministrazione che, invece, ai sensi dell'art. 97 Cost., caratterizza l'agire del soggetto titolare di qualifica pubblicistica.

Più in generale, l'opzione di circoscrivere il raggio di incriminazione della corruzione privata lesiva della lealtà concorrenziale avrebbe dalla sua un argomento che affonda le radici nel terreno della razionalità politico-criminale ovvero della ragionevolezza. Già di per sé non è agevolmente spiegabile la scelta di riservare al

dell'aggiudicazione della gara, oltre al versamento di una somma di denaro per sé, anche delle condizioni contrattuali favorevoli per lo stesso ente.

⁹ La società di certificazione, alla quale appartiene il soggetto corrotto, potrà, a seguito della corruzione, consolidare il rapporto con quel cliente, nonché aspirare a trovarne altri proprio in ragione della sua corruttibilità. Per tali rilievi, R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 7.

¹⁰ Così E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 500 ss. Sottolinea come l'esecuzione dell'atto sia un elemento estraneo alla struttura generale dei fatti di corruzione, A. Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 823-824.

¹¹ E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 500 e 513.

bene di stampo pubblicistico della concorrenza in senso macroeconomico una tutela (quella affidata alla sanzione amministrativa) più blanda rispetto a quella, in ipotesi penale, che interesserebbe la concorrenza in senso microeconomico. Ciò che varrebbe tanto di più se quest'ultima, anziché risultare contenuta nei limiti delle offese realmente o maggiormente significative, si estendesse al di là di tali confini col rischio di una deriva eticizzante del precetto.

5. *Lo spettro offensivo della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. nel suo progressivo mutamento*

Tracciate le coordinate essenziali del fenomeno-*corruzione privata*, guardiamo al diritto *post*, esaminando le diverse fasi che hanno contraddistinto la figura normativa dalla sua entrata in vigore fino ad oggi, senza mancare di richiamare, sia pure per brevi e generici cenni, la normativa sovranazionale di riferimento¹².

5.1. *Dal 2002 al 2012*

Frutto della riforma del diritto penale societario del 2002 (d.lgs. n. 61/2002), la «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità»¹³, a ben vedere, si inseriva pienamente nel disegno di privatizzazione/patrimonializzazione degli interessi tutelati che, cifra dell'intervento riformatore, è segnalato dall'utilizzo della querela di parte quale condizione di procedibilità rimessa alla disponibilità dei privati, come tale in grado di ridurre le potenzialità operative della norma, e dal rilievo centrale assegnato al danno patrimoniale quale evento della fattispecie. E così, se,

¹² In particolare: la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (c.d. Convenzione di Strasburgo), la Convenzione delle Nazioni unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida), nonché, in adesione ad iniziative comunitarie di quello che un tempo era il c.d. terzo pilastro, l'Azione comune del 1998 e la Decisione quadro UE 2003/568/GAI.

Sui rapporti tra la legislazione italiana in materia di corruzione tra privati e gli obiettivi di tutela perseguiti in sede comunitaria e internazionale, si rinvia, per tutti, a S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 71 ss.

¹³ Di seguito il testo della disposizione: «*Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocimento alla società sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. Si procede a querela della persona offesa*». Con L. 28 dicembre 2005, n. 262, si era provveduto ad inserire tra i soggetti attivi «*i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari*» e a prevedere, al terzo comma, il raddoppio delle pene per i fatti commessi nell'ambito «*di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*». Il d.lgs. n. 39/10, infine, aveva eliminato il riferimento ai «*responsabili della revisione*».

da un lato, la disposizione, descrivendo una specifica dinamica corruttiva, risultava modulata sul tipo pubblicistico della corruzione propria antecedente, dall'altro, la richiesta verifica dell'evento-nocumento alla società, quale conseguenza dell'atto contrario ai doveri sociali oggetto di mercimonio, polarizzava la dimensione offensiva della fattispecie, privatizzandone lo spettro di tutela.

Il termine «nocumento», peraltro, evocerebbe danni non necessariamente di natura patrimoniale, tuttavia, come vedremo, la sua afferenza a società commerciali dovrebbe implicare una riferibilità, sia pure indiretta, alla dimensione economica. In ogni caso, sia che lo si interpreti esclusivamente nel senso di danno patrimoniale sia che vi si attribuisca un significato più esteso, rimane ferma la direzione della fenomenologia offensiva della fattispecie, che interessa appunto la società del corrotto quale soggetto privato pregiudicato dall'atto infedele.

La scelta del legislatore del 2002 era dunque ispirata all'esigenza di reprimere specifiche forme di *mala gestio* societaria determinanti un danno alla società e trovava formalizzazione normativa in una fattispecie di reato plurisoggettivo con duplice evento e, correlativamente, nesso causale (tra la promessa o la dazione del corruttore e l'atto del corrotto, tra l'atto antidoveroso e il nocumento patito dalla società).

La minaccia di pena non riguardava dunque la corruzione in sé, ma la produzione del nocumento alla società. *Si rimproverava, cioè, al soggetto titolare di obblighi nei confronti della società di non aver perseguito l'interesse societario affidato alle sue cure e di avere cagionato un danno "contrattando" un atto in violazione dei propri doveri.*

Insomma, nessun dubbio sulla presenza di una tipica fattispecie di *infedeltà* qualificata da una corruzione¹⁴. La stessa rubrica normativa, nella quale risultava palese il collegamento con la fattispecie di «Infedeltà patrimoniale» di cui all'art. 2634 c.c., lo suggeriva¹⁵.

In questo quadro, evidentemente, non v'era spazio per la tutela della concorrenza: la cui dimensione offensiva si ricollega al perfezionamento dell'accordo corruttivo, seguito – come detto – dalla sua esecuzione, e attiene alle posizioni di soggetti terzi (“tagliati fuori”) rispetto ai protagonisti dell'accordo. Tale offesa, cioè, prescinde dall'evento pregiudizievole che interessa la società del soggetto corrotto, evento che può infatti non verificarsi senza che ciò intacchi l'effetto anticoncorrenziale già prodotto attraverso il compimento dell'atto oggetto dello scambio.

Se proprio si volesse rintracciare un profilo anticoncorrenziale nell'originaria

¹⁴ Così, per tutti, F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2005, 300.

¹⁵ Sulla «dissoluzione» ovvero sull'«assorbimento» della corruzione nell'infedeltà cfr. L. Fofani, *La "corruzione tra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, cit., 388. In generale, sul peso della rubrica nell'interpretazione della fattispecie, C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.

dinamica dell'art. 2635, questo non potrebbe che essere collocato “dietro le quinte”, quale effetto riflesso e indiretto della fenomenologia offensiva patrimoniale: in ragione del pregiudizio patrimoniale subito, la società, ricorrendone i presupposti, potrebbe essere considerata “svantaggiata” rispetto ai suoi concorrenti. Ma è chiaro che, così ragionando, si tradirebbe la prospettiva anticoncorrenziale tipicamente riferibile al fenomeno corruttivo¹⁶.

In conclusione, le istanze di tutela della concorrenza appaiono estranee alla *ratio* della disposizione di cui all'art. 2635 c.c. nella sua formulazione originaria¹⁷. E, in effetti, la fattispecie gravitava completamente in un'orbita *privatistica*, incentrata sugli interessi interni del datore di lavoro. Più nel dettaglio, nella sua struttura pareva riflettersi il cosiddetto modello normativo di corruzione privata *patrimonialistico* – attesa la polarizzazione sull'evento di danno patrimoniale –, con l'esplicitazione della componente *lealistica* – attesa la necessità che l'atto lesivo fosse compiuto o omesso «in violazione degli obblighi inerenti l'ufficio» – di stampo *oggettivo*, ossia concepita come violazione del lavoratore del dovere di perseguire il miglior interesse del datore di lavoro (“tradimento”, questo, dimostrato dal pregiudizio patrimoniale) e non, dunque, in senso *soggettivo*, come mera violazione del dovere di conformarsi alle indicazioni e agli obiettivi *soggettivi* del datore¹⁸.

Distante si rivelava l'opzione italiana da quella comunitaria, proiettata invece sulla fenomenologia offensiva della concorrenza¹⁹. E varie erano le note sul *cabier de doléance* stilato dal GRECO (gruppo di Stati contro la corruzione del Consiglio d'Europa), tra cui, in particolare, la presenza necessaria di un documento per l'ente e la procedibilità a querela del reato.

5.2. Dal 2012 al 2017

Sul nostro versante la novità maggiormente significativa della disposizione di nuovo conio (riscritta dalla L. n. 190/2012), rubricata «Corruzione tra privati»²⁰, at-

¹⁶ Sul punto, per tutti, G. Forti, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1129 ss.

¹⁷ Cfr., tra gli altri, R. Acquaroli-L. Foffani, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana?*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, cit., 28; R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Luparia, Padova, 2016, 524.

¹⁸ Per la classificazione dei vari modelli normativi di corruzione privata, anche alla luce di una ricognizione comparatistica, si rinvia ancora all'opera monografica di E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 45 ss.

¹⁹ Cfr., per tutti, L. Foffani, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, 370 ss.; A. Gullo, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2003, 452 ss.; M. N. Masullo, *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 2469.

²⁰ Di seguito il testo della disposizione: «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

tiene alla costruzione del regime di procedibilità: si prevede quella d'ufficio quando «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi».

Al di là di tale aspetto, il fatto tipico riproponeva la struttura della disposizione previgente, essendo richiesto ai fini del perfezionamento della figura la verifica del nocumento alla società, procurato dal compimento di un atto antiveroso a seguito della dazione o promessa di utilità.

Insomma, il messaggio derivabile dalla norma nella sostanza non era mutato: guardando al lato passivo della corruzione e semplificando, questo non è “*non farti corrompere*” *tout court*, bensì “*non cagionare un danno alla società quale conseguenza di un atto infedele venduto*” “*e sappi*” – ecco il *novum* – “*che se dal fatto deriva una distorsione della concorrenza si procede d'ufficio*”.

Merita una sottolineatura l'effettiva estensione degli obblighi la cui violazione qualificava l'atto “comprato”. Attraverso il riferimento a un più generico dovere di fedeltà pare attribuirsi rilevanza non solo alla violazione degli specifici doveri ricavabili da tutte le discipline (prescrizioni di legge, regolamentari, statutarie, delibere degli organi, previsioni organizzative, deontologiche e disciplinari, comunque rilevanti sul piano contrattuale) che regolano la posizione del soggetto attivo, come prima invece avveniva stante la formula, tuttora presente, «in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio»²¹. La determinazione degli effettivi contenuti di siffatti obblighi di fedeltà sembra rimandare a quel dovere di fedeltà che trova il proprio referente normativo nell'art. 2105 c.c., letto dalla giurisprudenza in senso espansivo così da includervi le categorie della lealtà e della buona fede dovuta dal dipendente all'ente e al datore di lavoro, fino a ricomprendere qualsiasi comportamento incoerente con l'interesse dell'ente e contrastante con il generico dovere di non nuocere ad esso²².

i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo 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».

²¹ Cfr. sul punto, per tutti, N. Mazzacupa-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2018, 148; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 315; E. Mezzetti, *I reati societari*, in E. M. Ambrosetti- E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 177.

²² Cfr. M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, in A. Del Vecchio-P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, 46; F. Consulich, *Art. 2635 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, Bologna, 2018, 534.

Come anticipato, il rilievo riconosciuto alla concorrenza discendeva dalla previsione del regime di procedibilità. Questo, allo stesso modo della previgente normativa, era di regola a querela della persona offesa (*id est*, la società)²³, tuttavia diveniva d'ufficio quando dal fatto fosse derivata una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

La formula rappresentava l'esito di un compromesso politico tra chi voleva in ogni caso prescindere dalla querela e chi voleva mantenere l'originario regime²⁴. L'espressione utilizzata per richiamare l'offesa alla concorrenza sembrava indicare il discostamento rispetto a un percorso concorrenziale "normale" e cioè – esclusa, per le ragioni anzidette, la praticabilità della visione macroeconomica della figura²⁵ – leale, libero, ovvero l'impedimento del prodursi del libero e leale gioco della concorrenza. E la rilevanza dell'offesa alla concorrenza rimaneva circoscritta al mercato dell'acquisizione di beni o servizi, esulando dal raggio applicativo della norma ogni diverso settore.

La distorsione della concorrenza pareva allora rappresentare una condizione obiettiva di maggiore procedibilità²⁶, ma sarebbe riduttivo confinarla in questa ristretta dimensione (processuale).

La novella del 2012 sembra invero aver configurato un'autonoma ipotesi criminosa caratterizzata dalla verifica di un ulteriore evento (distorsione alla concorrenza) posto in rapporto di derivazione causale con il fatto oggetto dell'incriminazione originaria, con la quale condivide tutta la disciplina normativa fuorché il regime di procedibilità. La nuova figura incentrata sull'effetto lesivo alla concorrenza non risultava calibrata sulla dinamica corruttiva in sé, ma rimaneva pur sempre vincolata alla verifica del "fatto" nel suo insieme in questa previsto e, dunque, anche alla verifica del documento alla società²⁷.

Partendo dal dato testuale dove si utilizzava il termine «fatto» per indicare la fonte della distorsione della concorrenza, taluni richiedevano, ai fini della procedibilità d'ufficio, la dimostrazione di una diretta correlazione causale tra il documento alla società, quale ultimo segmento del fatto tipico incriminato, e la distor-

²³ Sul dibattito relativo all'individuazione dei soggetti legittimati a proporre querela si rinvia, anche ai fini di un completo quadro bibliografico, a E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 388 ss.

²⁴ Cfr. sul punto, ancora, E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 378.

²⁵ Cfr., per tutti, V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 201 e M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 52 ss.

²⁶ Così, F. Consulich, *Art. 2635 c.c.*, cit, 540.

²⁷ Diversamente, con un'interpretazione volta a potenziare le *chances* operative della figura perseguibile d'ufficio, ma, per stessa ammissione del proponente, contrastante col tenore letterale, si è concepita la fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. come un delitto a doppio evento *alternativo*, con l'effetto dunque di svincolare la rilevanza della distorsione della concorrenza dalla verifica del documento. Così, A. Spena, *La corruzione tra privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 712 ss.

sione della concorrenza²⁸, con l'effetto dunque di conferire rilevanza ai soli casi lesivi dell'interesse concorrenziale della società danneggiata (nel senso, assai problematico, lumeggiato nel § 5.1), atteso che la lesione dell'interesse concorrenziale riferibile a soggetti terzi (rispetto al *pactum sceleris*) è, come già evidenziato, eziologicamente riconducibile all'accordo corruttivo in sé – più precisamente, alla sua esecuzione – e non alla produzione del documento per la società di appartenenza del soggetto corrotto.

Così ragionando, *in concreto*, l'unico profilo innovativo rispetto al passato sarebbe stato allora rappresentato dall'acquisito rilievo pubblicistico della vicenda, che, anziché risolversi all'interno della compagine (secondo quanto consentito dal regime di procedibilità a querela), sarebbe divenuto perseguibile d'ufficio.

È evidente come una tale lettura non avrebbe consentito di soddisfare le istanze di tutela della concorrenza sottese agli obblighi sovranazionali, di modo che è apparso preferibile e ammissibile leggere il termine «fatto» nel suo complesso, riconoscendo che l'evento «distorsione della concorrenza» rilevante ai sensi della disposizione potesse derivare anche dall'accordo corruttivo – *rectius*, dalla sua esecuzione – quale segmento del fatto tipico antecedente rispetto all'evento «documento», ferma restando la necessità della presenza di quest'ultimo²⁹. Per tal via si recuperava la dimensione di tutela dei concorrenti terzi rispetto all'accordo corruttivo, il cui pregiudizio dunque avrebbe reso il fatto procedibile d'ufficio; e al contempo non si svincolava il perfezionamento della fattispecie dalla verifica del danno in capo alla società del soggetto corrotto³⁰.

Del resto, l'esplicito riferimento all'«acquisizione di beni o servizi» che circo-scrive l'ambito di rilevanza della distorsione della concorrenza, sembra ritagliato proprio sull'ipotesi che pone un'esigenza di tutela dei concorrenti terzi rispetto alla corruzione (in atti aventi appunto ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi).

Volendo nuovamente evocare i modelli normativi della corruzione privata, si può rilevare come nella fattispecie convivessero quelli patrimonialistico e lealistico, comuni alla versione previgente della figura, e quello concorrenziale, calibrato

²⁸ G. Andreazza-L. Pistorelli, *Una prima lettura della L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*. Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in www.penale-contemporaneo.it, 20 novembre 2012.

²⁹ Così, P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 12; D. Pulitanò, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. n.11, 15; M. Pansarella, *Corruzione tra privati: reato a concorso necessario oppure fattispecie autonoma di reato?*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2013, 2, 20; M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 382.

³⁰ Si precisa come tale ricostruzione dovrebbe potersi conciliare sia con la visione esclusivamente processuale del comma 5 dell'art. 2635 c.c., vale a dire con la lettura che ne circoscrive l'attinenza al solo piano della procedibilità, sia con la lettura che individua nell'evento distorsivo della concorrenza un ulteriore elemento di tipicità.

cioè sugli interessi “esterni” di terzi, che prendono forma per via dell’espesso riferimento alla concorrenza.

Ad ogni modo, risultava persistente *la subordinazione dell’interesse concorrenziale a quello economico-patrimonialistico della società del corrotto, che rendeva la corruzione penalmente irrilevante quando, pur in presenza dell’offesa all’interesse concorrenziale, il fatto non avesse arrecato nocimento alla società.*

In chiave riabilitativa dello spettro offensivo concorrenziale si era allora avanzata l’idea che nella disposizione il riferimento alla distorsione della concorrenza rappresentasse null’altro che l’esplicitazione – si potrebbe dire – dell’evento in senso giuridico pertinente alla corruzione. E, dunque, che l’espressione normativa alludesse all’essenza lesiva della corruzione quando questa avesse avuto ad oggetto l’acquisizione di beni o servizi³¹.

La tesi muove dalla prospettazione della concorrenza non come interesse riferibile ai singoli imprenditori in competizione (secondo, quindi, una visione microeconomica del fenomeno), e in quanto tale suscettibile di riscontro empirico, ma come nota qualitativa del mercato medesimo, che ne qualifica il corretto andamento; di modo che la sua distorsione rifletterebbe un’alterazione delle regole di funzionamento del mercato e si proietterebbe sulla dimensione del pericolo astratto³².

Il rischio insito in una tale lettura è quello di formalizzazione del reato, che potrebbe dunque ritenersi perfezionato con la sola conclusione e esecuzione del *pactum sceleris*, senza cioè l’ulteriore dimostrazione di un pregiudizio concorrenziale riferibile a un qualche soggetto economico. In questo modo, e diversamente da quanto sembra evincersi dal dettato normativo (che introduce l’evento ulteriore attraverso un periodo dal significato ipotetico: “salvo che dal fatto derivi...”) al perfezionamento della fattispecie oggetto dell’originaria incriminazione conseguirebbe sempre e comunque quello della nuova figura, atteso che l’accordo corruttivo è elemento di tipicità comune a entrambe. In altri ed equivalenti termini, il legislatore avrebbe previsto il regime di procedibilità d’ufficio in tutti i casi di corruzione tra privati commessa con riferimento all’acquisizione di beni o servizi. Una *voluntas legislatoris* che, invero, avrebbe potuto trovare una diversa e meno elaborata traduzione normativa: sarebbe bastato prevedere la procedibilità d’ufficio nei casi di corruzione commessa nell’ambito dell’acquisizione di beni o servizi, dando in tal modo per acquisita in queste ipotesi la distorsione della concorrenza.

Pur aderendo a tale lettura, che consente di non andare alla ricerca di un’offesa concorrenziale in capo a qualcuno e di vitalizzare le potenzialità operative della norma attraverso l’ampliamento dello spazio applicativo della figura perseguibile d’ufficio, la rilevanza della dimensione offensiva della concorrenza

³¹ S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Soc.*, 2013, 67.

³² Così, S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 67.

sarebbe rimasta pur sempre condizionata dall'accertata presenza di un documento alla società del corrotto. Tuttavia, anche su questo elemento sarebbe stato possibile intervenire sul piano interpretativo per agevolare il riscontro.

La tipicità penale della figura del documento appare tutt'altro che circoscritta. La giurisprudenza lo svincola da un necessario contenuto strettamente patrimoniale (in termini di danno emergente o lucro cessante), ricomprendendovi anche il danno all'immagine o reputazionale, così alleggerendo il relativo onere dimostrativo. Proprio rispetto all'art. 2635 c.c., la Corte di Cassazione ha provveduto a includere nel concetto di *documento* pregiudizi di natura non strettamente patrimoniale conseguenti alla lesione di beni pur sempre suscettibili di valutazione economica, ma non immediata (diversamente da quanto accade nei casi di *deminutio patrimonii stricto sensu*): oltre al danno all'immagine, si è richiamato il danno al corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo³³.

Posto ciò, non si è mancato di sottolineare come ai casi di corruzione tra privati si accompagni normalmente un danno all'immagine o alla reputazione della società, così risultando più agevole l'integrazione della fattispecie³⁴. Tuttavia, tali tipologie di eventi pregiudizievoli, essendo connessi al discredito derivante dalla divulgazione della notizia della scorrettezza gestionale, non sembrano coevi e, dunque, "interni" al perfezionamento della fattispecie, quanto piuttosto ricollegabili al suo successivo accertamento. Di modo che, per arrivare a ritenere che a ogni episodio corruttivo consegua, attraverso la mediazione dell'atto esecutivo, un documento inteso come risultato che interagisce negativamente con la vita, l'efficienza, la credibilità dell'ente, sarebbe stato forse preferibile mirare alla figura del documento-danno all'attività organizzativa in quanto tale, che l'esecuzione dell'accordo determinerebbe.

Ad ogni modo, certo è che se tale lettura estensiva dell'evento di documento alla società fosse stata combinata con quella, sopra illustrata, che associa alla corruzione la stessa distorsione della concorrenza, si sarebbe potuti giungere a prospettare una pericolosa attivazione automatica dell'intera fattispecie: nell'esecuzione dell'accordo corruttivo sarebbero, cioè, stati impliciti sia la distorsione della concorrenza sia il documento alla società corrotta (*ovvero, nella condotta sarebbero stati impliciti gli eventi*). In presenza di una fondata denuncia di una corruzione tra privati, presentata da un concorrente del corruttore, si sarebbe potuto superare l'ostacolo rappresentato dall'improbabile presentazione della querela (improbabile appunto perché nella prassi si preferisce una risoluzione interna della questione proprio per non compromettere la reputazione della società), facendo leva sul rilievo (automatico) della distorsione della concorrenza che avrebbe consentito la per-

³³ Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, cit., alla quale si rinvia anche per un *excursus* giurisprudenziale avente a oggetto le varie fattispecie penali che includono la figura del documento tra gli elementi della fattispecie.

³⁴ M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 55.

seguibilità d'ufficio del fatto; e quello rappresentato dal richiesto documento alla società corrotta, facendo leva sulla lettura in termini estensivi della figura.

Così non è stato. Dalla (esigua) giurisprudenza non emergono tracce di automatismi nella contestazione e nell'accertamento della fattispecie.

Una considerazione finale richiede la già richiamata limitazione della rilevanza dell'effetto anticoncorrenziale all'acquisizione di beni o servizi, riproposta – come vedremo – nella versione vigente della disposizione. Essa impone, in quest'ottica, di ripercorrere l'elencazione esemplificativa proposta in apertura del presente lavoro; elencazione che, per la verità, già risente dell'impossibilità di ricondurre all'art. 2635 c.c. in versione previgente le ipotesi di corruzione privata estranee al contesto societario.

Mantiene rilievo, lo si è detto, l'esempio del *manager* che abbia scelto un fornitore dietro compenso. Continua a non acquisire rilievo il caso dell'amministratore che sempre dietro compenso abbia omesso di presentare la dichiarazione fiscale della società amministrata, ipotesi in cui l'eventuale danno patrimoniale interno giustifica (e giustificava) di per sé l'intervento penale (contro la *mala gestio* tradottasi in documento) ai sensi del comma 1 della disposizione. Lo stesso potrebbe apparentemente valere per il caso dell'amministratore che, dietro compenso, ritira o non presenta la domanda di partecipazione della propria società a una gara d'appalto, salvo però risolutivamente osservare che attraverso tale operazione è pur sempre "tagliato fuori" un soggetto partecipante a una gara con oggetto (eventualmente) l'acquisizione di beni o servizi. Rilevante è l'esempio della certificazione di qualità "comprata", dove l'effetto distorsivo può interessare i soggetti concorrenti del corruttore che nell'esercizio della loro attività di produzione non hanno preso simili scorciatoie e i concorrenti della società di certificazione che non hanno ceduto a proposte corruttive. Più complesso il caso del manager bancario che concede linee di credito dietro compenso: qui, invero, potrebbe rilevare l'effetto anticoncorrenziale sui concorrenti della società beneficiaria del credito. Infine, l'ipotesi della corruzione endosocietaria esula dal raggio della norma che copre la fenomenologia concorrenziale, restando ferma la sua rilevanza ai sensi del comma 1 della fattispecie.

5.3. Dal 2017 in poi

L'elemento che caratterizza l'ultima riforma dell'art. 2635 c.c. (varata con d.lgs. 15.3.2017, n. 38)³⁵, la sua cifra identitaria, è la marcata anticipazione della tutela,

³⁵ Di seguito il testo della disposizione: «Art. 2635. (Corruzione tra privati). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, 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

coerentemente coi testi sovranazionali. Non è più necessaria la produzione di un documento per l'ente, evento espunto dalla fattispecie. Non è più necessario l'effettivo compimento dell'atto antidoveroso, trasmutato nell'oggetto di un dolo specifico, conformemente allo schema classico della corruzione propria antecedente.

A ciò, peraltro, si accompagnano: un ampliamento delle condotte sanzionabili (attraverso il riferimento alla sollecitazione e all'offerta); l'estensione del novero dei soggetti punibili (tra l'altro, attraverso la contestualizzazione del fenomeno non sono nell'ambito delle società, ma anche degli "enti privati"); un inasprimento delle pene³⁶.

Rimane ferma la procedibilità a querela³⁷, pervicacemente mantenuta dal nostro legislatore nonostante i diversi *input* internazionali.

Resta immutato il richiamo alla concorrenza in termini di evento distorsivo nell'acquisizione di beni o servizi – causalmente ricollegato al fatto, orfano però del documento – che attiva la procedibilità d'ufficio.

Quali i riflessi sul piano degli interessi protetti, dove fino ad ora la concorrenza è parsa, per così dire, "figlia di un dio minore"?

Nella versione normativa del 2012 la dinamica lesiva della concorrenza si sviluppava linearmente tra i due poli dell'esecuzione dell'accordo corruttivo, attraverso il compimento dell'atto in violazione degli obblighi dell'ufficio o di fedeltà, e della verifica dell'evento distorsivo. Nell'attuale versione della fattispecie l'esecuzione dell'atto in violazione degli obblighi d'ufficio o di fedeltà non è richiesta ai fini del perfezionamento della fattispecie, essendo concepita come oggetto di

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 offertex».

³⁶ Per una completa disamina delle novità introdotte dalla riforma si rinvia, per tutti, a S. Seminaro, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 713 ss. e a E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 323 ss.

³⁷ Attesa la natura polifunzionale dell'istituto della querela (in dottrina, sul tema, per tutti, F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993; e, più di recente, M. Bertolino, *Il reato e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretti da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2009, 241 ss.), si tende ad assegnare a quella prevista nell'art. 2635 c.c. una finalità satisfattiva di esigenze fondamentalmente deflattive (così, tra gli altri, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 388).

un dolo specifico, che può dunque realizzarsi o meno senza che ciò incida sul perfezionamento del reato.

In questo quadro, dove il fulcro del fatto tipico risiede nel *pactum sceleris* in sé³⁸, appare maggiormente plausibile la lettura, autorevolmente proposta sotto la vigenza della precedente figura normativa, della distorsione della concorrenza come un pericolo astratto³⁹; con quell'effetto, tuttavia, di automatismo del perfezionamento della variante concorrenziale della fattispecie (nell'ipotesi in cui la corruzione si verifichi nell'ambito dell'acquisizione di beni e servizi), che peraltro stride col dettato normativo.

Se invece, per le ragioni sopra esposte, rimane valida la visione dell'evento distorsivo della concorrenza come evento naturalistico parametrato sui *competitors* esclusi, si deve rilevare l'impossibilità che tale evento si verifichi quale conseguenza dell'accordo corruttivo, ossia secondo la tipizzazione normativa; richiedendosi, invece, per la sua verifica – sul piano eziologico – l'effettiva esecuzione dell'accordo. È, cioè, il compimento dell'atto "comprato" a determinare la lesione concorrenziale in capo al soggetto tagliato fuori dall'accordo corruttivo.

Per evitare, allora, che la variante concorrenziale della fattispecie configuri una sorta di reato *già in astratto* impossibile, non è certo adottabile, pena la violazione del vincolo di legalità della norma penale, un'accezione estesa del concetto normativo di «fatto» (da cui deriva la distorsione alla concorrenza) in sé considerato, ricomprensiva anche del suo stesso sviluppo esecutivo.

Posto ciò, ai fini della conservazione della norma, non resta che far leva sulla presenza in essa del dolo specifico, per via del quale il momento esecutivo dell'accordo, benché nella sola prospettiva finalistica della condotta, entra comunque a far parte del *tipo* selezionato. E cioè: se, relativamente al giudizio di disvalore che la norma introietta, è indifferente che l'accordo venga eseguito, a maggior ragione non potrà considerarsi atipica una dinamica causale – quella propria dell'evento distorsivo della concorrenza – necessariamente agganciata all'esecuzione dell'accordo.

³⁸ Invero, attese le modifiche del 2017, dovrebbero acquisire rilievo penale anche le singole condotte unilaterali di sollecitazione e offerta, le quali sembrerebbero prescindere dall'incontro con la volontà dell'altro soggetto. Ciò che, peraltro, problematizza il rapporto con la figura di istigazione alla corruzione tra privati di cui all'art. 2635 *bis* c.c., a sua volta introdotto con l'ultima riforma. Per l'individuazione della linea di confine tra le due disposizioni si rinvia alle letture proposte da S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 726; V. Militello, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 584-585; E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 371.

³⁹ Il richiamo è alla tesi di Seminara riportata nel § 5.2. Lo stesso Autore, tuttavia, osserva come in senso contrario a tale lettura deponga l'innovativa previsione dell'istigazione alla corruzione di cui all'art. 2635 *bis* c.c. che non contempla l'ipotesi della distorsione della concorrenza: «nella necessità di supporre che essa non sia stata prevista alla luce della natura tentata del fatto ivi sanzionato, si deve ritenere che, nella valutazione del legislatore, la distorsione della concorrenza rappresenta un effettivo evento di danno». Così, S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 726.

Ritenendo corretto quanto appena osservato, dobbiamo concludere che nelle ipotesi in cui non si rinvenga l'esecuzione dell'accordo, potrà aversi *solo* il reato di cui al comma 1 e non quello lesivo della concorrenza, ravvisabile in presenza del compimento dell'atto indebito; ciò che rappresenta un ulteriore segno della persistente autonomia delle due figure ovvero della coesistenza nella disposizione di più modelli normativi di corruzione privata.

Chiarito tale aspetto, si deve sottolineare come la scomparsa del documento, elemento al quale era subordinata la rilevanza della fenomenologia offensiva della concorrenza, recida la distanza con quest'ultima, non richiedendosi più l'accertamento del pregiudizio alla società del corrotto con relativa dinamica causale, quale ultimo anello della catena che apre il sipario sull'universo concorrenziale.

Ma procediamo con ordine. Prima di addentrarci nella variante concorrenziale della fattispecie occorre esaminare la fenomenologia offensiva tipizzata nel comma 1 della disposizione, dal cui perfezionamento, d'altronde, continua comunque a dipendere la rilevanza della figura tipizzata al comma 2.

Il venir meno dell'evento-documento pone al centro della fattispecie il disvalore di condotta insito nell'intesa corruttiva polarizzata in chiave finalistica sul compimento di un atto in violazione degli obblighi d'ufficio o di fedeltà. L'accordo antidoveroso esprime, evidentemente, un profilo di lesività potenziale, alla quale, in assenza dell'evento-documento, è ancorata la tenuta offensiva della fattispecie di infedeltà⁴⁰.

Si intuisce allora come ai fini di una lettura in controluce della dimensione offensiva del reato risulti indispensabile dirigere il *focus* sul contenuto di antidoverosità dell'atto del corrotto concordato. È, invero, la relazione fiduciaria che lega il corrotto all'ente di appartenenza a fungere, oggi, da snodo di tipicità della fattispecie o, meglio, delle due fattispecie.

La dottrina ha pertanto descritto il passaggio dalla figura del 2012 a quella del 2017 in termini di transizione da un modello normativo patrimonialistico a uno lealístico⁴¹.

⁴⁰ Dovrebbe trattarsi di un dolo specifico c.d. di offesa (cfr., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2017, 213) ossia insistente su un'attività di base che, non avendo come protagonisti soggetti con qualifiche pubblicistiche, di per sé non riflette una proiezione offensiva determinata. In merito, si può rilevare come la dimostrazione dell'obiettiva idoneità della condotta a realizzare l'intenzione espressa in termini finalistici, secondo la concezione oggettivistica del dolo specifico (in argomento, G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 575 ss.), non potrà prescindere dalla considerazione della "posizione" rivestita all'interno dell'ente dal soggetto corrotto.

Sottolinea la necessità di accertare che l'accordo antidoveroso sia concretamente capace di produrre pregiudizi per l'ente di appartenenza del corrotto, F. Consulich, *Art. 2635 c.c.*, cit. 536.

⁴¹ Così E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 320, il quale parla espressamente di «mutamento di paradigma punitivo» e a sostegno di tale conclusione adduce una serie di argomenti concordanti.

5.3.1. *L'antidoverosità dell'atto: contenuto (anfibolo) e interazione (a rischio di sincretismo) con altri elementi del fatto tipico*

Lo schema lealistico-fiduciario ovvero giuslavoristico, nel cui prisma pare sospesa l'incriminazione, risulta declinabile – come si ricorderà – secondo due accezioni, che qui conviene riprendere e approfondire in ragione delle ricadute che possono aversi sull'esito della nostra analisi.

In chiave *oggettiva* l'antidoverosità ha come parametro il “miglior interesse del datore di lavoro”; in chiave *soggettiva*, le indicazioni e gli obiettivi soggettivi del datore di lavoro.

D'altra parte, il concetto di “miglior interesse del datore di lavoro”, *oggettivamente* inteso, non può che riflettere un contenuto in prevalenza economico⁴², sicché, in quest'ottica, alla richiamata transizione da un modello normativo a un altro non corrisponderebbe un reale mutamento di prospettiva.

Così stando le cose, si deve riconoscere nel disvalore di condotta dell'attuale fattispecie un'offesa di pericolo concreto per l'interesse (economico) dell'ente; *id est*, un nocumento potenziale.

Lo scenario cambia quando il modello di repressione prescelto venga declinato in chiave *soggettiva*. In quest'ottica ciò che conta per valutare l'antidoverosità dell'atto è l'intendimento soggettivo del datore di lavoro che può anche non coincidere col suo stesso interesse oggettivo, con l'effetto, in questa ipotesi, di consentire la criminalizzazione di una mera infedeltà/disobbedienza. Non è il caso, allora, di indugiare sulle perplessità (sul piano della meritevolezza come del bisogno di pena) sollevate da un intervento penale che presenti siffatte caratteristiche.

Per di più, la persistente scelta di non corresponsabilizzare *ex delicto* l'ente del corrotto ai sensi del d.lgs. 231 del 2001, nonostante la mancata riproposizione della previsione del nocumento, dovrebbe segnalare la tipizzazione di un'*oggettiva* dinamica offensiva, sia pure in chiave di pericolo, a carico dello stesso ente.

Altra area concettuale che richiede un approfondimento è quella relazionale rispetto agli ulteriori elementi di tipicità della fattispecie. In questo senso, la prima relazione significativa interessa l'atto antidoveroso e l'accordo corruttivo in sé.

L'atto concordato può ritenersi antidoveroso per il sol fatto di essere il frutto di una corruzione? Benché la questione possa forse apparire meno pregnante in assenza del segmento di tipicità “compimento dell'atto antidoveroso-verificazione del nocumento”, occorre sottolineare come la risposta positiva al quesito⁴³ deter-

⁴² Cfr. A. Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 826

⁴³ In questo senso si era espresso A. Melchionda, *art. 2635 c.c. (“Corruzione tra privati”)*, in *Giur. it.*, 2012, 2698 ss., secondo il quale il fatto di aver ricevuto e/o accettato la promessa di utilità per compiere un atto produttivo di un nocumento per la società è di per sé contrastante con l'obbligo di fedeltà; e più di recente A. Rossi, *La riforma del “sistema punitivo” della corruzione tra*

minerebbe una crasi interpretativa di due elementi tipizzati come distinti – l'accettazione della dazione o promessa d'utilità e, *oggi*, la relativa finalizzazione –, con conseguente rischio di inosservanza del vincolo di legalità della norma penale⁴⁴.

La seconda e ultima relazione tra elementi tipici meritevole di analisi è quella che interessa l'atto antidoveroso e l'evento distorsivo della concorrenza. Partendo dall'assunto, già lumeggiato, secondo cui è da escludersi una lesione concorrenziale quando la tangente provenga dal fornitore che ha offerto le migliori condizioni, dobbiamo chiederci se la preferenza caduta sul fornitore-corruttore che non abbia offerto le migliori condizioni non integri già un atto antidoveroso in quanto infedele o, magari, contrario agli stessi doveri d'ufficio (si pensi alla formalizzazione delle procedure di selezione dei fornitori nell'ambito dei modelli di organizzazione e gestione *ex d.lgs. 231/2001*, le quali impongono una criteriologia valutativa improntata al "merito"). In questo caso, si direbbe che alla risposta positiva non si oppongono controindicazioni derivanti dal rischio di eventuali crasi interpretative, com'è dimostrato dalla lineare e non sincretica elencazione degli accadimenti corrispondenti ad altrettanti segmenti di tipicità: l'accordo corruttivo è finalizzato alla selezione di una fornitura da ritenersi indebita perché non premiante la migliore offerta; e l'attuazione di questo accordo produce una lesione concorrenziale al candidato-fornitore terzo rispetto al *pactum sceleris*.

Tale conclusione, invero, poggia su un ulteriore assunto tacito, che ci riporta a quanto osservato nella parte iniziale del paragrafo, consentendoci di evidenziare le ricadute sul piano concorrenziale delle diverse accezioni riferibili allo schema lealistico. La rilevata antidoverosità dell'atto è evidentemente commisurata sul "miglior interesse del datore di lavoro", di certo pregiudicato dalla preferenza dell'offerta che non presenti le migliori condizioni. E a tal riguardo, peraltro, si può altresì notare come la necessità della fase esecutiva dell'accordo ai fini dello sviluppo lesivo nei confronti della concorrenza renda il nocumento a carico dell'ente corrotto un requisito implicito della fattispecie concorrenziale. Si direbbe: *non si vede, ma c'è*.

Se invece si aderisse a un'impostazione *soggettiva*, assumendo a parametro di riferimento le indicazioni e gli obiettivi individuali del datore di lavoro, si dovrebbe escludere l'antidoverosità dell'atto e, con essa, la possibilità di dare rilievo all'offesa concorrenziale, nel caso in cui la scelta di accettare la tangente fosse stata richiesta o condivisa dallo stesso datore di lavoro.

privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti, in *Le Soc.*, 2017, 763. In giurisprudenza, condivide tale posizione Trib. Udine, 6 giugno 2013, cit.

⁴⁴ Così E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 361.

5.3.2. *La variante concorrenziale nell'ultima versione di un work in progress*

Tiriamo le somme delle considerazioni svolte circa la novella del 2017, valutandone l'impatto sull'interesse della concorrenza.

L'eliminazione dell'evento-nocumento dall'area di tipicità della fattispecie agevola la percorribilità della variante concorrenziale del delitto contemplato all'art. 2635 c.c., alleggerendo il peso dell'accertamento processuale. La denuncia del concorrente pregiudicato dall'esecuzione del patto corruttivo, in assenza di un nocumento (e correlativa dinamica causale) da accertare in capo all'ente del corrotto, può in effetti portare più facilmente alla repressione dei fatti di corruzione tra privati lesivi della concorrenza, svincolando al contempo dalla procedibilità condizionata quelli apprezzabili nella dimensione lealistica. Salvo aggiungere come nello schema esemplificativo più plastico dell'offesa concorrenziale – quello, poc'anzi richiamato, riconducibile al caso *a*) – il nocumento, ovvero il pregiudizio per l'ente del corrotto, appaia comunque un'inevitabile conseguenza del fatto nel suo sviluppo naturalistico.

Sempre con riferimento al medesimo schema esemplificativo, si è dunque osservato come l'estremo dell'antidoverosità dell'atto oggetto di mercimonio non rappresenti un fattore impeditivo dell'estensione del raggio operativo della norma ai fatti lesivi della concorrenza, al contrario adattandosi alle prerogative concorrenziali dello spettro offensivo della corruzione: la preferenza caduta sul concorrente “non meritevole” risulta – al contempo – nociva per l'interesse economico dell'ente del corrotto e per quello concorrenziale del terzo estraneo all'accordo.

Tale adattamento non è però assoluto. Ci si avvede dei limiti ovvero della problematicità del modello di incriminazione prescelto analizzando il caso *e*) – quello relativo alla corruzione di una società di certificazione –, anch'esso significativo, come si ricorderà, di una dimensione offensiva concorrenziale. Ebbene, si potrebbe in questa ipotesi sostenere, allo stesso modo di quanto osservato rispetto al caso *a*), che l'atto posto in essere dal soggetto corrotto pregiudichi il “miglior interesse del datore di lavoro”, quando nella realtà, attraverso tale atto, la società di certificazione, ignara dell'iniziativa del suo esponente, si assicura quanto meno la fidelizzazione della società-cliente a cui appartiene il soggetto corruttore? Basterebbe rilevare che il comportamento del corrotto è contrario al codice etico della società, che gli proibisce di accettare retribuzioni dai clienti per lo svolgimento della propria attività, per rispettare la tenuta offensiva della fattispecie del comma 1? Quale interesse interno all'ente del corrotto avrebbe mai, in una tale evenienza, corso un pericolo? L'idea, è, allora, che questa ipotesi, anch'essa reclamante tutela in chiave concorrenziale⁴⁵, rimanga sguarnita di pro-

⁴⁵ Le ipotesi in cui l'ente di appartenenza del corrotto si avvantaggia sarebbero proprio quelli in cui «la corruzione privata può esprimere la sua più formidabile portata aggressiva» atteso che «la

tezione penale, restando inceppato, lo sviluppo offensivo dell'art. 2635 c.c., allo stadio della condotta infedele. Una diversa ricostruzione, che volesse ritenere perfezionata la figura in esame, sancirebbe una deviazione eticizzante e moralizzatrice del precetto normativo.

Possiamo dunque concludere che l'ultima versione di questa sorta di *work in progress*, che ha preso inizio dal 2002, segna di certo un passo di avvicinamento al paradigma sovranazionale di corruzione tra privati, favorendo l'emersione *in concreto* della concorrenza quale bene oggetto di tutela penale strettamente connesso ai fenomeni corruttivi. La concorrenza, da assente ingiustificato nella figura del 2002 e da valore completamente "subordinato" in quella del 2012, è oggi in grado di affacciarsi sulla scena con un ruolo, tutto sommato, meno defilato rispetto al passato, ma pur sempre di secondo piano. Restano, peraltro, i bivi ermeneutici, i rischi di crisi interpretative, le singolarità strutturali propri di una fattispecie in cui convivono eccezionalmente due anime – quella lealistica e quella concorrenziale –.

6. Considerazioni riepilogative e conclusive: l'avvertita esigenza di un percorso di razionalizzazione

L'attuale formulazione dell'art. 2635 c.c. si connota per l'insolita compresenza di due diverse prospettive di tutela – quella lealistica e quella concorrenziale –; con la seconda tipizzata come dipendente dalla prima.

Il modello di incriminazione adottato dal legislatore riflette, dunque, la polimorfia offensiva che caratterizza il fenomeno della corruzione tra privati. Ma la scelta di ripercorrerla, tratteggiandola all'interno di un'unica cornice normativa, appare problematica.

Il raccordo dell'incriminazione è rappresentato dal patto corruttivo finalizzato al compimento dell'atto infedele: in esso deve rinvenirsi il contenuto offensivo della fattispecie di infedeltà prevista al comma 1, punibile a querela di parte; da esso muove lo sviluppo della variante concorrenziale della fattispecie, il cui perfezionamento, dipendente pur sempre dall'avveramento della figura di cui al comma 1, rende il reato procedibile d'ufficio.

Tuttavia, la lesione dell'interesse concorrenziale, rinvenibile in capo ai soggetti terzi rispetto all'accordo corruttivo, non presuppone necessariamente il pregiudi-

tentazione di approfondire l'"esclusione" del "terzo" risulterà accresciuta quanto più il "principale" avverta l'osservanza degli "obblighi di garanzia" (e, quindi, il costo del controllo e della sorveglianza sulla prestazione dell'agente) nei confronti di questi come troppo onerosa in rapporto all'obiettivo della creazione di profitti e comunque di conservazione o promozione dei propri interessi imprenditoriali». Così, G. Forti, *La corruzione tra privati*, cit., 1162 e 1150.

zio potenziale a carico dell'ente a cui appartiene il soggetto corrotto, ricollegato al suo comportamento antidoveroso.

La premessa, indimostrata e indimostrabile, che consentirebbe di avallare la convivenza simbiotica delle due prospettive di tutela all'interno di un'unica fattispecie, sembra essere quella secondo cui l'ente del soggetto corrotto non potrebbe giammai *obiettivamente* avvantaggiarsi dell'episodio corruttivo avvenuto al suo interno. Così, lo si è visto, non è; diversamente da quanto in genere accade nel contesto pubblicistico. Tant'è che appare, altresì, non aderente alla realtà, oltre che agli *input* europei, la persistente scelta di rendere l'ente interessato dalla corruzione passiva immune dalla responsabilità da reato *ex d.lgs. 231 del 2001*⁴⁶.

Nella fattispecie, anche nella sua ultima versione, in ragione del suo duplice contenuto tuzioristico, si riflette probabilmente un'*iper*-tipizzazione del fatto ossia un eccesso di inclusione di elementi tipici, necessario per convogliare le due prospettive di tutela, che finisce per moltiplicare le difficoltà interpretative, alimentando il rischio di crisi e di letture incerte.

Insomma, il percorso di razionalizzazione, già peraltro indicato dalla dottrina⁴⁷, non può che indirizzare verso la separazione delle due prospettive di tutela e la loro rispettiva confluenza in due autonome disposizioni: una di infedeltà; l'altra, del tutto innovativa, posta a protezione della concorrenza, concepita come interesse proprio del soggetto terzo rispetto all'accordo corruttivo.

Lungo la prima direttrice, quella dominata dall'orizzonte lealístico, significativo dell'interesse del datore di lavoro, si incontra, in particolare, un precedente normativo, l'art. 2634 c.c. («Infedeltà patrimoniale»), dal quale, per germinazione, appariva originata la prima versione dell'art. 2635 c.c. Come si è visto, il successivo sviluppo di quest'ultima disposizione è proceduto all'insegna di un progressivo allontanamento dallo schema strutturale della «vicina» figura di Infedeltà patrimoniale, pur mantenendone l'impronta originaria. Sarebbe il caso di chiedersi, una volta condiviso il progetto di smembramento dell'attuale art. 2635 c.c., se la migliore collocazione possibile del modello lealístico di corruzione tra privati non sia quella «interna» all'art. 2634 c.c., quale circostanza aggravante, dovuta al maggior disvalore insito nel conflitto di interessi scaturente dall'episodio corruttivo.

⁴⁶ Cfr. R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 9, e F. Di Vizio, *La riforma della corruzione tra privati*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 3.4.2017, 5.

⁴⁷ Cfr. R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 9, il quale richiama la scelta compiuta dal legislatore tedesco, e E. La Rosa, *Corruzione e privata e diritto penale*, cit., Parte III, cap. II, il quale conclude l'indagine proponendo l'elaborazione di una fattispecie di corruzione tra privati calibrata esclusivamente sui profili di tutela della concorrenza.

7. Uno sguardo sugli scenari futuribili

Il Consiglio dei Ministri, il 6 settembre, ha approvato il Disegno di legge intitolato «Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione», il cui art. 3 abroga il comma 5 dell'art. 2635 c.c.

Se l'*iter* legislativo giungesse a compimento, tutti i casi di corruzione privata diverrebbero procedibili d'ufficio, così come richiesto dalla normativa sovranazionale e raccomandato dal GRECO⁴⁸. E la concorrenza, il cui evento distorsivo non comparirebbe più tra gli elementi di tipicità del reato, configurerebbe il bene giuridico inespresso di una figura pur sempre ancorata alla consueta duplicità di prospettive di tutela, attesa la permanenza nella condotta tipica del riferimento finalistico al compimento dell'atto antidoveroso.

L'accezione dell'interesse concorrenziale che pare più appropriata a tale futuribile quadro sembra essere quella immanente al corretto funzionamento del mercato – una “qualità” del mercato stesso –, trovando dunque legittimazione nel dato normativo la tesi, più volte richiamata, che individua la fenomenologia offensiva della concorrenza, così intesa, nell'accordo illecito *tout court*.

Se dunque ben intendiamo, saremmo in presenza di un'*unica* fattispecie di pericolo *eventualmente* plurioffensiva: dove cioè al pericolo – si direbbe, concreto, in ragione del dolo specifico che richiede una valutazione della idoneità della condotta a realizzare il fine – per gli interessi economici dell'ente del corrotto, necessario per il perfezionamento del reato, si affiancherebbe quello – si direbbe, astratto, per le ragioni di cui sopra – *eventuale* (in quanto non tutti i casi di infedeltà sono offensivi della concorrenza) per la concorrenza.

Ancora una volta, la compresenza di due autonome prospettive di tutela risulterebbe foriera di complicazioni e la stessa concorrenza, pur intesa secondo questa diversa accezione, non dovrebbe trovare, a ben vedere, maggiore spazio rispetto a quello riconosciuto nella normativa vigente.

Riportandoci al caso *a*), non dovrebbero mutare le conclusioni rispetto all'ipotesi di preferenza caduta sul corruttore-fornitore che ha offerto le migliori condizioni. Se, da un lato, la pubblicizzazione del bene-concorrenza potrebbe forse consentire di ravvisare anche in tale circostanza la relativa fenomenologia offensiva, dall'altro, non si potrebbe sostenere che l'accordo illecito sia finalizzato al compimento di un atto antidoveroso. Quale pericolo, infatti, correrebbe mai l'interesse economico del datore di lavoro a seguito di un accordo corruttivo fina-

⁴⁸ Si veda, da ultimo, GRECO – “Addenda al Second Compliance Report”, in *www.penale-contemporaneo.it*, 10 luglio 2018, con commento di M. C. Ubiali, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*. Il documento accoglie con favore le modifiche introdotte dalla novella del 2017, ma si sofferma criticamente sul mantenimento della procedibilità a querela.

lizzato al compimento della scelta più adeguata? L'assenza di un elemento di tipicità della figura – il dolo specifico – ne precluderebbe il relativo perfezionamento.

Diversamente, in caso di preferenza caduta sul fornitore-corruttore che non avesse offerto le migliori condizioni, la fattispecie dovrebbe ritenersi in tutto e per tutto perfezionata. Così come dovrebbero ritenersi sussumibili in essa le varie ipotesi esemplificate, significative di un'offesa agli interessi economici per l'ente, ma estranee alla dimensione offensiva della concorrenza.

Veniamo, infine, al caso *e*), quello prima individuato quale emblematico della vantaggiosità della corruzione anche per l'ente del corrotto. Specularmente a quanto sostenuto in relazione all'ancora vigente fattispecie, l'interesse concorrenziale, anche nell'accezione pubblicistica assunta come rilevante, rimarrebbe privo di tutela, dal momento che il perfezionamento della fattispecie sarebbe impedito dalla "fedeltà" di un atto oggettivamente vantaggioso per il datore di lavoro del soggetto corrotto.

Insomma, nella prospettiva concorrenziale, ad eccezione di non condivisibili letture interpretative dell'antidoverosità dell'atto marcatamente eticizzanti, nulla dovrebbe effettivamente cambiare. In quella strettamente lealistica, invece, il venir meno della procedibilità a querela dovrebbe agevolare la repressione di quegli atti di infedeltà che potrebbero trovare composizione e "copertura" all'interno della compagine societaria.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

GIULIANO BALBI – Professore ordinario nell’Università della Campania
“Luigi Vanvitelli”

ROBERTO BARTOLI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

FABIO BASILE – Professore ordinario nell’Università di Milano

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro
Cuore di Milano

FILIPPO BELLAGAMBA – Professore associato nell’Università di Siena

FRANCESCO CALLARI – Dottore di ricerca nell’Università di Palermo

GIOVANNI CANZIO – Primo Presidente emerito della Suprema Corte di
cassazione

ALBERTO CAPPELLINI – Dottorando di ricerca nell’Università di Firenze

GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma

STEFANIA CARNEVALE – Professore associato nell’Università di Ferrara

MAURIZIO CATINO – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell’Università di Pavia – Institute
for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

CORRADO DEL BÒ – Professore associato nell’Università di Milano

GIAN PAOLO DEMURO – Professore ordinario nell’Università di Sassari

RICHARD DUBÉ – Professeur agrégé nell’Università di Ottawa (Canada)

GIOVANNI FLORA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

MARGARIDA GARCIA – Professeure agrégée nell’Università di Ottawa (Canada)

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell’Università di Bologna

MASSIMILIANO LANZI – Dottore di ricerca nell’Università di Parma

FRANCESCO MACRÌ – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
GIORGIO MANIACI – Professore associato nell'Università di Palermo
GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell'Università di Firenze
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell'Università di Siena
GHERARDO MINICUCCI – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze
CATERINA PAONESSA – Ricercatore nell'Università di Firenze
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell'Università di Firenze
PIER FRANCESCO POLI – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano
LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell'Università di Messina
SERGIO SEMINARA – Professore ordinario nell'Università di Pavia
MICHELE TARUFFO – Professore emerito nell'Università di Pavia
ANDREA FRANCESCO TRIPODI – Ricercatore nell'Università di Macerata
VICO VALENTINI – Professore associato nell'Università di Perugia
ANTONIO VALLINI – Professore ordinario nell'Università di Pisa

Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Giuseppe Amarelli
Giuliano Balbi
Elio R. Belfiore
Filippo Bellagamba
Marta Bertolino
Riccardo Borsari
David Brunelli
Marcello Busetto
Alberto Cadoppi
Alberto Camon
Damiano Canale
Carlotta Conti
Cristiano Cupelli
Francesco D'Alessandro
Giampaolo Demuro
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Mariavaleria Del Tufo
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Ignazio Giacona
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati

Gaetano Insolera
Sergio Lorusso
Claudio Luzzati
Stefano Manacorda
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Marco Pelissero
Davide Petrini
Nicola Pisani
Tommaso Rafaraci
Mario Ricciardi
Lucia Risicato
Mauro Ronco
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Valeria Torre
Giovanni Tuzet
Paolo Veneziani
Tiziana Vitarelli



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore

Fausto Giunta

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletta,
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2019