

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2017, p. 5 ss.

**LA NUOVA DIMENSIONE TIPICA
DEL DELITTO DI “CORRUZIONE TRA PRIVATI”
DOPO LA RIFORMA “SPAZZACORROTTI”:
L’ESITO DI UNA METAMORFOSI ANCORA VIZIATA ED INCOMPIUTA**

di Alessandro Melchionda

La riforma introdotta con la c.d. “legge spazzacorrotti” (l.n. 3/2019) ha modificato il regime di procedibilità dei reati in tema di “corruzione tra privati”, adottando una modifica più volte sollecitata anche dal “GRECO” per un migliore adeguamento della disciplina italiana agli impegni comunitari. L’analisi di questa riforma pare, tuttavia, determinare riflessi, che appaiono direttamente incidere anche sulla concreta tipicità dei fatti sanzionati, con esiti finali che si rivelano ancora lontani dal fornire una soluzione di politica criminale davvero esaustiva e definitivamente apprezzabile anche nell’ottica della auspicata conformità alle aspettative comunitarie.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riforma penale-societaria del 2002 e la nascita della prima incriminazione in tema di “corruzione tra privati”. – 3. Le critiche “comunitarie” alla disciplina del 2002. – 4. La modifica del reato di “corruzione tra privati” introdotta con la riforma del 2012. – 5. Le rinnovate critiche “comunitarie” alla disciplina del 2012 e la radicale riconfigurazione dei reati in tema di “corruzione tra privati” introdotta con la riforma del 2017. – 6. I problematici effetti delle ultime correzioni introdotte dalla “legge spazzacorrotti” del 2019: i segni di una “metamorfosi” ancora viziata ed incompiuta.

1. Premessa.

Tra le riforme introdotte dalla c.d. “legge spazzacorrotti” (legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza di partiti e movimenti politici») è stata inserita la modifica della disciplina del reato di “*Corruzione tra privati*”, così come in precedenza dettata dall’art. 2635 del codice civile, ed alla quale si è affiancata anche una parallela modifica del reato di “*Istigazione alla corruzione tra privati*” previsto all’art. 2635-bis c.c.¹.

(*) Il presente contributo è destinato agli “Scritti in onore del Prof. Alessio Lanzi”

¹ La legge è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 16 gennaio 2019 ed è entrata in vigore dal giorno successivo, fatta eccezione per le disposizioni in tema di modifica della disciplina sulla prescrizione dei reati,

Nella specie, le novità introdotte dal comma 5 dell'unico articolo contenuto nella legge n. 3/2019 si sono limitate alla abrogazione, rispettivamente, del comma 5 e del comma 3 degli artt. 2635 e 2635-bis c.c. ed hanno sostanzialmente determinato la modifica del regime di procedibilità delle due fattispecie criminose, così cancellando ogni pregressa ipotesi di procedibilità a querela.

Si tratta di modifica che, come espressamente precisato nella relazione dell'originario disegno di legge governativo², è stata apportata in diretto accoglimento delle raccomandazioni del GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*), che in più occasioni aveva sollecitato il legislatore italiano ad uniformarsi ad un regime di disciplina ritenuto più consono ad una politica di efficace prevenzione e repressione del fenomeno della corruzione privata³.

A fronte di questa dichiarata corrispondenza ad indicazioni sovranazionali, nel quadro dei primi commenti la riforma ha incontrato riscontri tendenzialmente positivi⁴. A ben vedere, tuttavia, l'ultima modifica introdotta nel 2019 pare determinare riflessi, che risultano andare ben oltre i profili connessi al solo regime di procedibilità dei due reati oggi previsti in tema di "corruzione tra privati"; riflessi che, come si avrà modo di evidenziare, appaiono direttamente incidere anche sulla concreta tipicità dei fatti sanzionati e, per l'effetto, sullo stesso ambito di concreta applicabilità delle relative fattispecie, con esiti finali che si rivelano ancora lontani dal fornire una soluzione di politica criminale davvero esaustiva e definitivamente apprezzabile anche nell'ottica della auspicata conformità alle aspettative comunitarie.

Per meglio inquadrare e valutare questi ultimi aspetti è, tuttavia, sicuramente opportuno muovere da una preliminare rivisitazione di sintesi del complessivo percorso di disciplina dei reati in parola.

2. La riforma penale-societaria del 2002 e la nascita della prima incriminazione in tema di "corruzione tra privati".

Come è noto, l'introduzione nell'ordinamento italiano di una prima disposizione in tema di corruzione in ambito privato è avvenuta nel contesto della riforma dei reati societari emanata con il D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61. In tale occasione, in particolare, a fianco della previsione del nuovo reato di "*Infedeltà patrimoniale*" (art. 2634 c.c.), con la

che sono state differite al 1° gennaio 2020.

² Si tratta del disegno di legge n. 1189 presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro della Giustizia On. Alfonso Bonafede il 24 settembre 2018.

³ Nell'ultimo [rapporto del 29 giugno 2018](#), in realtà, il GRECO non aveva imposto obblighi di modifica, ma si era solo limitato ad incoraggiare una riconsiderazione della questione: al riguardo v. 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](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7/2018, 230.

⁴ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 59; V. MONGILLO, [La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, 292; S. SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 503 ss.

previsione di un nuovo art. 2635 c.c. fu introdotta la separata fattispecie di “*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*”⁵.

Rispetto alla disciplina previgente si trattava di uno fra gli aspetti di maggiore novità della riforma del 2002, atteso che, a differenza delle modifiche apportate ad altre fattispecie, quasi sempre basate solo su di una riformulazione delle precedenti figure di reato (pur talvolta radicale, come nel caso delle disposizioni in tema di “false comunicazioni sociali”), con riguardo ai due reati sopra indicati il segno di novità era in effetti assoluto, non essendo in precedenza prevista alcuna fattispecie anche solo parzialmente assimilabile alle due nuove ipotesi criminose⁶.

In entrambi i casi, ma (per quello che qui più interessa) soprattutto con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 2635 c.c., tutti i principali commentatori segnalano subito come la nuova previsione incriminatrice rappresentasse «il frutto di impegni sovranazionali»⁷, principalmente derivanti dall’*Azione Comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato*, adottata il 22 dicembre 1998 dal Consiglio dell’Unione Europea, e dalla *Convenzione penale sulla corruzione*, approvata dal Consiglio d’Europa il 27 gennaio 1999⁸.

Pur salutata con favore, proprio perché in concreto identificabile come una prima presa di posizione esplicita del legislatore italiano per avversare il fenomeno della corruzione anche nel settore privato⁹, la norma fu però accolta fra molte perplessità.

Opinioni di diverso tenore furono, innanzi tutto, avanzate rispetto alla stessa denominazione adottata per tale nuova figura di reato, da taluni considerata poco idonea a sottolineare il profilo “corruttivo” del fatto¹⁰, da altri ritenuta comunque più conforme all’effettivo contenuto della fattispecie¹¹.

⁵ La disposizione era così formulata: «1. 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 nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. 2. La stessa pena si applica a chi dà o promette l’utilità. 3. Si procede a querela della persona offesa».

⁶ A commento di questa prima riforma, fra i tanti, v. in generale P. ALDROVANDI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, in *I reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, II ed., Padova, 2007, 210 ss.; V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 704 ss.; ID., *L’infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, 493 ss.; D. PULITANO, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 934 ss.; A. ZAMBUSI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635): alcuni aspetti problematici*, in *Ind. pen.*, 2005, 1035 ss.; R. ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. pen.*, 2005, 531 ss.

⁷ V. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2004, 227.

⁸ Cfr. L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, a cura di C.E. PALIERO e F. PALAZZO, II ed., Padova, 2007, 2534.

⁹ L’auspicio di una riforma in questa direzione era stato lanciato da voci autorevoli: v. G. MARINUCCI – M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 707; F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell’impresa: profili costituzionali*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. II, Tomo II, Milano, 1997, 3307 ss.

¹⁰ Cfr. ancora L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2534.

¹¹ A favore di quest’ultima indicazione si era orientata la stessa Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 61/2002 (in *Guida dir.*, 2002, n. 16, 33) che aveva così motivato la modifica sia del *nomen* “corruzione”, contenuto

Le critiche principali si indirizzarono, tuttavia, alla scelta “italiana” di ancorare la dimensione tipica del fatto alla necessaria causazione di un “nocumento alla società” e di condizionare la procedibilità del reato alla querela della persona offesa: in tal modo, si disse, pur in parte confermando le iniziali opzioni di quel progetto redatto dalla c.d. “Commissione Mirone” che aveva fornito una prima piattaforma di intervento per il complessivo processo di riforma dei reati societari, la fattispecie si presentava proiettata verso una sfera di offensività di stampo prettamente privatistico, con prioritaria tutela del solo patrimonio sociale¹²; ma soprattutto, si aggiunse, la fattispecie veniva in tal modo destinata ad assumere una rilevanza del tutto marginale¹³ ed a sanzionare solo una forma molto particolare di “infedeltà patrimoniale”, che già poteva essere assorbita nello spettro del nuovo art. 2634 c.c.¹⁴.

Tale soluzione fu, quindi, ritenuta del tutto insufficiente, non solo in relazione alla sua concreta potenzialità applicativa, bensì anche rispetto al quadro di impegni che si erano venuti a delineare in ambito sovranazionale. Al punto, invero, da portare ad affermare, non senza una certa enfasi polemica, che «l’infedeltà a seguito di dazione o promessa si presenta in definitiva come norma assolutamente disnomica. Qui, a ben vedere, si è in presenza di un ‘tradimento’ davvero eclatante, di un fenomeno di deviazione normativa ancora più estremo. Una norma introdotta col dichiarato obiettivo di dar vita ad una figura di corruzione nel settore privato, viene prima depurata delle sue ascendenze lessicali ed in seguito, come si è visto, modificata nel genoma, di modo da rinascere come anomala figura satellite dell’infedeltà – conflitto di interessi»¹⁵.

3. Le critiche “comunitarie” alla disciplina del 2002.

Dopo l’entrata in vigore di quella prima fattispecie, ben precisi obblighi di intervento legislativo sono stati ulteriormente precisati e ribaditi dalla *Decisione quadro*

nell’originario “Progetto Mirone”, sia di quello di “*comportamento infedele*” adottato dalla legge delega n. 366/2001.

¹² Da taluno si era inizialmente sottolineato come la nozione di “nocumento” non fosse incompatibile con riflessi dannosi di natura anche non necessariamente patrimoniale (v. per tutti G. SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, 68); questa possibilità interpretativa era stata tuttavia criticata proprio in quanto foriera del rischio di favorire applicazioni estensive «che vanno di certo oltre le intenzioni del legislatore» (v. MUSCO E., *I nuovi reati*, cit., 235). Di certo la prospettiva patrimonialistica ha comunque assunto un rilievo prioritario e prevalente (questa l’opinione senz’altro più condivisa: per tutti, v. L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2536). Sul punto, con riguardo alla posizione della giurisprudenza, v. altresì *infra*.

¹³ Questa la critica principale: v. R. ACQUAROLI – L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003; V. MILITELLO, *L’infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, cit., 493; G. VINCIGUERRA, *Corruzione societaria e corruzione del pubblico funzionario: più divergenze che affinità*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 451.

¹⁴ V. L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2533 s., al quale si rinvia anche per una disamina dei complessi rapporti di specialità fra le due nuove disposizioni; P. ALDROVANDI, *Commento*, cit., 210 s.

¹⁵ A. GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 446.

2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, adottata il 22 luglio 2003 dal Consiglio dell'Unione Europea (v. art. 2), e dalla *Convenzione di Merida delle Nazioni Unite sulla corruzione* del 31 ottobre 2003, in seguito ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116, ma senza interventi diretti sul settore della corruzione fra privati. Con quest'ultima Convenzione, in particolare, all'art. 21 fu richiesta ad ogni Stato membro l'adozione di misure legislative necessarie a conferire il carattere di illecito penale, sia «*al fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità del settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo, per sé o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto*», sia alla corrispondente condotta «*di sollecitare od accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per se o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri*».

Anche in seguito, però, il limitato grado di attuazione di tali obblighi sovranazionali da parte della normativa italiana è stato più volte stigmatizzato negativamente¹⁶. Forti critiche, in particolare, sono state sollevate dal *Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)*, organismo istituito nel 1999 dal Consiglio d'Europa, che, nell'ambito di più relazioni, aveva denunciato i limiti della risposta legislativa italiana fornita con la previsione del solo art. 2635 c.c. Tali critiche si erano principalmente appuntate sulla limitazione dei soggetti attivi del reato, ritenuta in contrasto con gli artt. 7 e 8 della *Convenzione penale sulla corruzione* del Consiglio d'Europa, ai sensi dei quali può essere considerato come soggetto qualificato «*qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora*»; sul mancato riferimento alla possibilità che la "tangente" sia offerta a terzi o che il reato sia commesso indirettamente, tramite un intermediario; ma soprattutto, ancora una volta, sulla previsione del "nocumento alla società" quale requisito necessario per l'integrazione del reato, requisito al contrario del tutto assente negli articoli 7 e 8 della citata Convenzione penale, nell'ambito della quale la dimensione lesiva del fatto era stata più direttamente apprezzata con riguardo alle distorsioni della libera concorrenza tra le imprese, piuttosto che rispetto alla tutela dei soggetti (soci e creditori) interessati al patrimonio della società. Diretta critica, in questa stessa prospettiva, era infine stata indirizzata al già segnalato regime di procedibilità a querela ed alla mancata previsione di una responsabilità per gli enti¹⁷.

Alla luce di quanto sopra segnalato, con la legge 25 febbraio 2008, n. 34, all'art. 29, il Parlamento aveva perciò delegato il Governo ad adottare un «*decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI*» e, nella specie, aveva espressamente previsto l'introduzione «*nel libro II, titolo VIII, capo II, del codice penale di una fattispecie criminosa la quale punisca con la reclusione da uno a cinque anni la*

¹⁶ Per un ampio quadro di queste valutazioni internazionali, v. M. MONTANARI, [La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali](#), in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2012, 18 ss., al quale si rinvia anche per ogni più diretta citazione delle fonti di seguito indicate.

¹⁷ I rapporti di valutazione del GRECO sono consultabili sul sito www.coe.int/greco. Analoghe critiche alla soluzione italiana furono sollevate anche nell'ambito della *Relazione della Commissione CE al Consiglio del 18.6.2007, resa a norma dell'articolo 9 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*.

condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per se' o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accetta la promessa di tale vantaggio, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive per conto di una entità del settore privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempreché tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali». Con tale delega era stato altresì indicato di «prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio» e di introdurre tali fattispecie «fra i reati di cui alla sezione 111 del capo I del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, ... con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato»¹⁸.

L'attuazione di questa delega ha tuttavia seguito un percorso molto lento e travagliato.

4. La modifica del reato di "corruzione tra privati" introdotta con la riforma del 2012.

A seguito dell'iniziale previsione legislativa del 2002, una prima occasione di limitata modifica si registrò con la c.d. "legge sul risparmio del 2005" (legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari»), con la quale fu aggiunta solo una ipotesi aggravata (al terzo comma dell'art. 2635 c.c.), con raddoppio della pena nel caso in cui il fatto fosse commesso in relazione a «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»¹⁹.

Occasione di più ampia modifica fu invece fornita dalla più generale riforma dei reati in tema di corruzione, che fu emanata con la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».

Con questa riforma la previgente fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. fu oggetto di molteplici modifiche, che, nel dettaglio, si possono così riassumere:

a) in primo luogo, fu modificato il *nomen juris* del reato, da quel momento espressamente denominato quale "Corruzione fra privati";

b) nella descrizione della fattispecie fu inserita una clausola introduttiva di sussidiarietà espressa («Salvo che il fatto costituisca più grave reato ...»);

¹⁸ Su questa "programmata innovazione", v. D. PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. pen.*, 2009, 769 ss.

¹⁹ Per un commento a questa riforma v. per tutti S. SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 503 ss. Con riguardo ai riflessi sulla fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. v. altresì M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 241 ss.

c) fu modificata la cerchia dei soggetti attivi del reato, nella specie rappresentati da *“amministratori”, “direttori generali”, “dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari”, “sindaci” e “liquidatori”,* con esclusione della precedente originaria considerazione dei *“responsabili della revisione”*;

d) fu parzialmente corretta la descrizione della condotta tipica, in precedenza basata sul compimento di atti od omissioni posti in essere dai soggetti attivi del reato *«in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio»,* ed estesa anche all'ipotesi di violazione degli *«obblighi di fedeltà»*;

e) sempre sul piano della descrizione oggettiva della fattispecie, come oggetto della dazione o della promessa, alla formula *«altra utilità»* fu aggiunta la nozione di *«denaro»* e si specificò che tale dazione o promessa rilevano se ricevute sia *«per sé»*, che (questo il dato di novità) *«per altri»*;

f) fu introdotto un limite minimo edittale, pari ad un anno di reclusione, per la fattispecie prevista al primo comma dell'art. 2635 c.c.;

g) fu introdotta (in un nuovo secondo comma) una fattispecie meno grave (punita con la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi), nell'ipotesi che il fatto fosse *«commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti»* attivi della fattispecie base;

h) fu introdotta una deroga alla precedente procedibilità a querela, nel caso in cui *«dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi»*;

i) ed infine, per le fattispecie di *“corruzione attiva”,* nella specie fissate in un nuovo terzo comma dell'art. 2635 c.c., fu estesa la possibilità, in precedenza non prevista, di una responsabilità diretta dell'ente *ex D.Lgs. n. 231/2001*²⁰.

Gli elementi di novità di quest'ultima riforma si sono subito rivelati evidenti, ancorché, nel giudizio complessivo della dottrina, non si ritenne di poter cogliere una significativa innovazione rispetto ai limiti di fondo che, anche nella prospettiva di un definitivo adeguamento alle indicazioni sovranazionali, erano già stati ravvisati e denunciati rispetto alla disciplina previgente. Anzi, da un certo punto di vista, la

²⁰ In particolare, la disposizione fu così riformulata:

«1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

2. 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.

3. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

4. 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.

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

riformulazione della fattispecie che fu adottata nel 2012 parve presentare profili di ancor maggiore incertezza e labilità²¹.

Per quanto attiene alla modifica del “*nomen juris*”, da quel momento esplicitamente ancorato al concetto di “corruzione”, la novità fu salutata con opinioni divergenti, ma nell’insieme si convenne che non fosse certo da questo aspetto che potesse attendersi una più concreta rilevanza applicativa della fattispecie o, tanto meno, una più diretta assimilazione del modello della corruzione “privata” a quello della corruzione di pubblici funzionari²².

Opportuna e condivisibile fu considerata la confermata esclusione dalla cerchia dei soggetti attivi del reato dell’originario riferimento ai “responsabili della revisione”, aspetto che, al di là delle originarie critiche che erano state formulate rispetto alla fattispecie previgente²³, si ritenne logico porre in correlazione con la successiva introduzione, da parte della già citata “legge sul risparmio” (legge n. 262/2005), della più specifica fattispecie di “corruzione dei revisori” (art. 174 *ter* del c.d. “testo unico finanziario”, di cui al D.Lgs. n. 58/1998)²⁴.

²¹ A commento di questa riforma del 2012 v. in generale R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, 442 ss.; M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. Del Vecchio e P. Severino, Padova, 2014, 57 ss.; R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Luparia, Padova, 2014, II, 507 ss.; A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 355 ss.; E. DOLCINI – F. VIGANÒ, [Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2012 232 ss. A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (“Corruzione fra privati”)*, in *Giur. it.*, 2012, 2698 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 480 ss.; S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, 2013, 61 ss.; A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell’art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 705 ss.

²² In questo senso v. ad esempio R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., 512.

²³ Nell’ambito dei primi commenti, tale iniziale riferimento era stato fondatamente criticato per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo per la ritenuta diversità di implicazioni offensive del fatto punito se commesso da soggetti che, diversamente da quanto apprezzabile per “amministratori”, “direttori generali”, “dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari”, “sindaci” e “liquidatori”, operano all’esterno della società e con il compito di procedere ad una certificazione dei bilanci. Alla luce della prevista caratterizzazione della fattispecie quale reato “di danno”, fondato sulla causazione di un «nocumento alla società», l’inclusione dei revisori nella cerchia dei possibili soggetti attivi era, infatti, stata ritenuta poco coerente con una prospettiva di tutela basata sulla considerazione dei soli interessi patrimoniali della società, atteso che, si disse, nel caso dei soggetti incaricati della revisione, è maggiormente avvertita l’esigenza di una «garanzia della affidabilità dei meccanismi di controllo esterno sulla contabilità dell’impresa sociale» (L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2534). In realtà, pur potendosi condividere quest’ultima osservazione in ordine alla *ratio* di tutela che appare più direttamente apprezzabile rispetto alla funzione di controllo esterno dei revisori contabili, in sede primo commento della riforma del 2012 ci parve lecito rilevare che, nell’ottica di una tutela patrimoniale della società, anche l’ipotesi di una infedeltà “prezzolata” da parte dei revisori poteva risultare suscettibile di un esplicito intervento punitivo (v. A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700).

²⁴ Così ancora L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2535. In relazione all’art. 174-*ter* v. P. ALDROVANDI, *Commento sub art. 174-*ter* d.lgs. n. 58/1998*, in A. LANZI – A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari*, cit. 221 ss. Per questo stesso motivo la formulazione originaria dell’art. 2635 c.c. aveva già avuto modo di essere corretta ad opera del D.Lgs. 27 gennaio 2010 n. 39 (“*Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati*”), che, all’art. 28, aveva introdotto una rinnovata fattispecie di “corruzione dei revisori”, diversamente articolata, da un lato, nella previsione di una fattispecie speculare (anche per

Sempre sul piano della riformulazione della cerchia dei soggetti attivi del reato, parimenti opportuna ed apprezzabile apparve l'esplicita considerazione anche di soggetti diversi da figure "apicali": con la previsione, al nuovo secondo comma della disposizione, della punibilità del fatto anche laddove commesso da persone «*sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti*» attivi della fattispecie base fu infatti ravvisata una espressa considerazione, da parte del legislatore italiano, delle precedenti critiche e di quelle reiterate indicazioni sovranazionali che obbligavano ad estendere la punibilità nei confronti di chiunque svolga «*funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo*» (così, in particolare, l'indicazione contenuta nell'art. 2 della *decisione quadro 2003/568/GAI*)²⁵.

Più esplicite perplessità furono invece ravvisate in relazione ad altri aspetti della nuova fattispecie. In primo luogo, oggetto di molte critiche su soprattutto la mantenuta caratterizzazione del reato quale illecito "di evento", fondato sulla necessaria causazione di un "nocumento alla società", atteso che, come detto, si trattava di elemento di fattispecie, che fin dall'iniziale introduzione del nuovo delitto di cui all'art. 2635 c.c. fu subito inteso quale profilo di maggiore diversità rispetto al modello pubblicistico della "corruzione" fondato sul solo accordo illecito e, per questo stesso motivo, identificato quale punto di maggiore distonia ed insufficienza della risposta italiana alle sollecitazioni comunitarie di incriminazione del fenomeno corruttivo in ambito privatistico²⁶.

Sempre sul piano oggettivo della fattispecie emergevano, inoltre, anche altri aspetti di forte criticità delle innovazioni introdotte. Da un lato, in particolare, con riguardo alla prevista estensione dei profili di tipicità della condotta base all'ipotesi che la prestazione attiva od omissiva, realizzata in conseguenza della dazione o della promessa di utilità, dovesse venire identificata non più solo in ragione di una «*violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio*», bensì anche tenendo conto della possibile violazione di «*obblighi di fedeltà*». Al riguardo, in effetti, già con riferimento al previgente e

quanto attiene al profilo sanzionatorio) a quella dell'art. 2635 c.c. ed anch'essa perciò fondata sulla causazione di un "nocumento alla società", e, dall'altro, nella previsione di fattispecie analoga a quella in precedenza descritta dal citato art. 174 *ter* e con la quale è stata prevista la più grave sanzione della reclusione da uno a cinque anni per «*il responsabile della revisione legale e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione legale, i quali, nell'esercizio della revisione legale dei conti degli enti di interesse pubblico o delle società da queste controllate, fuori dei casi previsti dall'articolo 30*» (relativo all'ipotesi di "compensi illegali") «*per denaro o altra utilità data o promessa*», compiano od omettano «*atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio*». In relazione a questa modifica del reato di "corruzione dei revisori" v. F. CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 661 ss.; F. CONSULICH, *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, in *Le società*, 2010, 45 ss.; L. TROYER – A. INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del d.lgs. n. 39/2010*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, 595 ss.

²⁵ Nell'esprimere questo giudizio, ritenemmo altresì logico interpretare l'intervenuta previsione, nella fattispecie base del primo comma, di un minimo edittale di pena, nell'ottica di una parziale diversificazione della forbice sanzionatoria stabilita per il fatto commesso da persone "apicali" rispetto a quello posto in essere da soggetti meramente subordinati: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700. Giudicarono invece di rilevanza meramente "cosmetica" questa innovazione E. DOLCINI – F. VIGANÒ, *op. cit.*, 246.

²⁶ V. E. DOLCINI – F. VIGANÒ, *op. cit.*, 245, e, più ampiamente G. FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1115 ss.

mantenuto richiamo agli “obblighi dell’ufficio” era stato sottolineato trattarsi di formula legislativa che «si presta, per la sua indubbia latitudine interpretativa a poter includere nel raggio di applicazione ogni inosservanza dei generali doveri di fedeltà, lealtà e correttezza, indipendentemente, cioè, dalla loro cristallizzazione all’interno di una fonte formale, con il rischio di “penetranti intrusioni del diritto penale nella politica d’impresa”»²⁷. Proprio per questo motivo, al fine di assicurare una più stringente tassatività normativa della formula in parola, si era parimenti fatto notare che, in forma analoga a quanto apprezzato anche rispetto alle fattispecie sulla “corruzione pubblica”, si potesse identificare «in sede interpretativa come violazione penalmente rilevante solo quella avente ad oggetto obblighi specificamente ricavabili dai precetti civilistici che regolano e disciplinano i singoli doveri dei soggetti qualificati, nel rispetto, altresì, dell’ineliminabile carattere di *extrema ratio* dell’intervento penale»²⁸. In questa prospettiva, l’ampliato riferimento anche a più generici di «obblighi di fedeltà» poteva, allora, ritenersi determinato dalla parallela estensione della fattispecie incriminatrice (nel nuovo secondo comma dell’art. 2635 c.c.) al “fatto” commesso da persone «sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti» attivi dell’ipotesi base; persone, cioè, rispetto alle quali non avrebbe potuto essere fatta valere tale suggerita proposta di correzione interpretativa, di fatto valida solo per “soggetti qualificati”. Nella sostanza, però, in assenza di una diretta riferibilità ai soli soggetti “non qualificati”, la modifica rischiava comunque di estendere a tutti i soggetti attivi del reato la rilevanza di questo sfuggente requisito di mera “fedeltà”: un requisito che, come si ebbe occasione di osservare²⁹, anche se forse pleonastico, potendosi considerare in contrasto con tale generico “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, rievocava tuttavia anche passate critiche rispetto alla analoga formulazione dell’originaria fattispecie tedesca di “*Untreue*”³⁰ e, soprattutto, riapriva ormai datate perplessità sulla valorizzazione in sede penale di un più generico “dovere di fedeltà”³¹.

Sempre sul piano della fattispecie oggettiva, poco (o per nulla) significativa apparve poi l’aggiunta espressa della nozione di “denaro” a quella di “utilità”, indicate quale oggetto della “dazione” o della “promessa”, trattandosi di innovazione che parve giustificata solo da una prospettiva di più diretta corrispondenza alla fattispecie di “corruzione propria” del pubblico funzionario, *ex art. 319 c.p.*³². Più rilevante risultò,

²⁷ E. MUSCO, *I nuovi reati*, cit., 236, che riprese analoga precisazione di A.L. MACCARI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa*, in *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002, 177.

²⁸ E. MUSCO, *I nuovi reati*, cit., 236.

²⁹ Per questi aspetti sia consentito il rinnovato rinvio a quanto già segnalato nel citato commento alla riforma del 2012: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

³⁰ V. P. NUVOLONE, *L’infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 235 ss.

³¹ V. G. ZUCCALÀ, *L’infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, e la posizione sul punto di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, 1974, ora in *Scritti di Diritto penale*, Milano, V. I, t. I, 609.

³² Il confronto con la fattispecie di “corruzione” di pubblici funzionari risultò meritevole di considerazione

invece, l'estensione della condotta di corruzione attiva anche all'ipotesi di commissione per conto "di altri", novità che consentì di estendere la rilevanza penale del fatto anche a quella ipotesi c.d. di "intermediazione", che prima sfuggiva alla previsione della fattispecie incriminatrice e che, come visto, aveva già portato a sollevare critiche sovranazionali rispetto alla disciplina vigente in Italia³³.

Fermo l'unanime apprezzamento per la prevista estensione al reato in parola di una possibile responsabilità diretta dell'ente ex D.Lgs. n. 231/2001 (novità, tuttavia, che fu circoscritta alla sola ipotesi della corruzione attiva, con ciò mantenendo ferma l'identificazione della società di riferimento del soggetto corrotto solo quale potenziale vittima del reato), ultimo motivo di grande novità, ma anche oggetto di forti critiche, fu infine rappresentato dalla scelta del legislatore italiano di apportare una correzione al precedente regime di procedibilità a querela, stabilendo in particolare il mantenimento di quest'ultimo regime «salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».

Frutto di apposito emendamento governativo, così indicato dal Ministro di Giustizia negli ultimi giorni del dibattito parlamentare, la formula apparve ricollegabile al disposto dell'art. 2 della citata *Decisione quadro 2003/568/GAI*, che, al terzo comma, riconosceva espressamente la possibilità per ogni Stato membro di dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione delle nuove fattispecie di "Corruzione attiva e passiva nel settore privato" «alle condotte che comportano, o che potrebbero comportare, distorsione di concorrenza riguardo alla acquisizione di beni o servizi commerciali». E nel caso della Stato italiano, come visto, tale "dichiarazione di volontà" era già stata esplicitata al momento della adozione della *decisione quadro 2003/568/GAI*, avvenuta con la legge 25 febbraio 2008, n. 34, all'art. 29.

Come detto, tuttavia, nella soluzione così poi adottata dal legislatore italiano del 2012, quella delimitazione di condotte dannose e/o pericolose per la concorrenza fu fatta valere, non già sul piano della "punibilità" del reato, bensì su quello della mera "procedibilità" ex officio. Questa diversa opzione portò ad evidenziare margini di più netto contrasto con il principio di necessaria determinatezza, atteso che, ferma la sicura rilevanza del principio anche nella descrizione del fatto punibile, sul piano del regime di procedibilità il rilievo costituzionale di quel principio è molto più vincolante ed imprescindibile, in quanto, come insegnato da un indimenticato Maestro, espressione diretta dello stesso principio di "obbligatorietà" dell'azione penale dettato dall'art. 112

anche al fine di fornire spiegazione al previsto inserimento della iniziale "clausola di sussidiarietà espressa", elemento di novità che ci parve interpretabile solo nell'ottica di una scelta legislativa volta ad impedire il possibile concorso reale dei due delitti astrattamente suscettibili di essere integrato ogni qual volta il soggetto attivo del reato, pur operando in un contesto societario, rivestisse una qualifica pubblicistica. In questa eventualità, infatti, la fattispecie di "corruzione tra privati" ex art. 2635 c.c. risultava porsi in un rapporto di "specialità reciproca" rispetto ai reati di cui agli artt. 318 e 319 c.p., in quanto caratterizzata dalla causazione di quel "nocumento" alla società che si contrapponeva alla parallela maggiore specificità della qualifica soggettiva richiesta da queste ultime disposizioni (anche per questi aspetti rinviamo al già segnalato commento alla riforma del 2012: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700).

³³ Cfr. la *Relazione della Commissione CE al Consiglio del 18.6.2007*, cit., 6.

Cost.³⁴. Nel contempo, la formula adottata lasciava aperto anche un ulteriore dubbio interpretativo, non essendo chiaro se “il fatto”, rispetto al quale si sarebbe dovuto apprezzare l’eventuale correlazione eziologica con «una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi» dovesse essere inteso come riferibile al mero accordo corruttivo, ovvero all’intero “fatto tipico” descritto dall’art. 2635 c.c., come tale comprensivo anche della causazione del “nocumento” alla società³⁵.

Tale margine di indeterminatezza, in seguito acuito da una più radicata divergenza di opinioni proprio su quest’ultimo profilo di incertezza interpretativa, suscitò perciò forti perplessità, anche perché incentrato su di un elemento che, proprio in quanto funzionale alla predeterminazione dello stesso regime di procedibilità del reato, necessitava di essere apprezzato con sicurezza ed univocità già “*in limine litis*” e non già all’esito di un possibile futuro processo. Nel contempo, pur a fronte di indicazioni giurisprudenziali aperte ad estendere il significato dell’originario evento del “nocumento alla società” e ad identificarlo “nella lesione di qualsiasi interesse della medesima suscettibile di valutazione economica”³⁶, il tenore complessivo di tale disciplina rendeva ancora evidente la netta prevalenza assunta sul piano dell’oggettività giuridica del reato dalla sfera economico/patrimoniale della società di riferimento del soggetto corrotto³⁷. Nell’insieme apparvero, quindi, evidenti le molte “ombre” e le poche “luci” della riforma, anche e soprattutto nel confronto con quei diversi modelli di incriminazione che gli organismi comunitari continuavano ad indicare come necessari per una efficace repressione della “corruzione” anche nel settore privato.

5. Le rinnovate critiche “comunitarie” alla disciplina del 2012 e la radicale riconfigurazione dei reati in tema di “corruzione tra privati” introdotta con la riforma del 2017.

Ferma la perdurante assenza di apprezzabili riscontri applicativi anche della fattispecie così riformata nel 2012³⁸, le critiche sovranazionali per il mancato rispetto da parte del legislatore italiano degli impegni assunti in sede comunitaria sono divenute ancora più stringenti e minacciose. Alle immediate denunce da parte del GRECO³⁹,

³⁴ V. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 279.

³⁵ Su questa alternativa v. la [Relazione a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione \(Rel. n. III/11/2012 del 15.11.2012\)](#), a cura di L. Pistorelli e G. Andreatza, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, 18 ss.; nonché S. SEMINARA, *Il reato di corruzione*, cit., 65 ss., e A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

³⁶ Così Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848.

³⁷ Anche per tutti questi ultimi aspetti ci si permette rinviare al già citato commento alla riforma del 2012: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

³⁸ Per una interessante ed approfondita analisi di una particolare decisione di merito v. L. ZOLI, [Disfunzione applicativa dell’art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della “corruzione tra privati”](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2014, 421 ss.

³⁹ V. GRECO RC-III (2014) 9F, Troisième Cycle d’Évaluation, Rapport de Conformité sur l’Italie (adottato nella 64^a assemblea plenaria, 16-20 giugno 2014): sul punto v. anche M. MONTANARI, [Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali](#), *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2014, 3 ss.

fecero seguito reiterate segnalazioni di inadempimento al Consiglio ed al Parlamento europeo⁴⁰, fino al punto che, nel dicembre 2015, la Commissione europea diede avvio alla procedura EU-Pilot n. 8175/15/HOME per omessa comunicazione, da parte dell'Italia, delle misure nazionali di recepimento della decisione quadro 2003/568/GAI, concedendo un termine di quattro settimane con l'avvertenza che, in assenza di una comunicazione di integrale recepimento, avrebbe potuto essere avviata una procedura di infrazione *ex art.* 258 del Trattato sul funzionamento dell'UE.

A seguito della delega legislativa, contenuta nell'art. 19 della legge 12 agosto 2016, n. 170 (c.d. Legge di delegazione europea 2015), si è così giunti alla radicale riformulazione del delitto di "Corruzione tra privati", che è stata introdotta dal D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38⁴¹.

Le innovazioni previste da questa riforma hanno effettivamente avuto un notevole impatto sulla previgente struttura del reato disciplinato all'art. 2635 c.c.⁴².

⁴⁰ Come attentamente ripercorso da S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 714 ss., al quale si rinvia per ogni più preciso riferimento, a questo riguardo si segnalano la relazione 18 giugno 2007 della Commissione al Consiglio [COM/2007/0328 def.], la successiva relazione 6 giugno 2011 della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio [COM (2011) 309 definitivo] e la relazione al Consiglio e al Parlamento europeo del 3 febbraio 2014, Allegato 12 [COM(2014) 38 final].

⁴¹ La disposizione è stata così riformulata:

«1. 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.
 2. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.
 3. 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.
 4. 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.
 5. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.
 6. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.
 7. Fermo quanto previsto dall'art. 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte».

⁴² A commento di quest'ultima riforma v. in generale R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 5 ss.; R. BRICCHETTI, *Cade una normativa circoscritta a società commerciali*, in *Guida al Diritto*, 2017, n. 19, 19 ss.; F. DI VIZIO, *La corruzione tra privati: lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra la lealtà all'ente e il funzionamento meritocratico del mercato*, in *Discrimen*, 10 dicembre 2018; S. FAIELLA, *La corruzione tra privati*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2017, 255 ss.; E. LA ROSA, [Verso una nuova riforma della "corruzione tra privati": dal modello "patrimonialistico" a quello "lealístico"](#), in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016; V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 564 ss.; V. NAPOLEONI, *Il "nuovo" delitto di corruzione tra privati*, in *Leg. pen.*, 2017, 66 ss.; A. ROSSI, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le società*, 2017, 751 ss.; ID,

Oltre alla modifica alla stessa denominazione del titolo XI, libro V, c.c. (con l'aggiunta alla originaria formulazione «Disposizioni penali in materia di società e di consorzi» del riferimento anche ad «altri enti privati») e ad altre innovazioni sul piano dei soggetti attivi del reato (con estensione della punibilità a «chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti» qualificati già previsti dalla previgente formulazione e confermati nel primo comma della disposizione), l'aspetto di maggiore importanza e novità è stata certamente l'eliminazione del precedente riferimento all'evento consistente nel «documento alla società»: la modifica ha così comportato la conseguente trasformazione del reato in fattispecie «di mera condotta», consistente nel «sollecitare» o «ricevere» per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, ovvero nell'«accettare la promessa» di tutto ciò, per compiere o per omettere un atto in violazione degli «obblighi inerenti al loro ufficio» o degli «obblighi di fedeltà».

Pur generando problematici effetti di coordinamento sistematico con la fattispecie principale⁴³, la scelta di anticipazione del momento consumativo del reato⁴⁴ si è poi ulteriormente caratterizzata con l'introduzione di una nuova fattispecie di mera «Istigazione alla corruzione tra privati», che è stata inserita nel nuovo art. 2635-*bis* c.c.⁴⁵.

Per effetto di queste importanti innovazioni, con la riforma del 2017 il reato di «corruzione tra privati» ha certamente assunto una dimensione tipica molto diversa da

Corruzione tra privati ed istigazione alla corruzione tra privati, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2018, 290 ss.; A. RUGANI, *Riforma della «corruzione tra privati» (d.lgs. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. Pen.*, 2017, 4638 ss.; S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., 713 ss.; A. SPENA, *Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 643 ss.; P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati – Adeguamenti eurounitari e riflessi del passato*, in *Ind. pen.*, 2018, 93 ss.; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, 3a ed., Milano, 2017, 296 ss.

⁴³ Come osservato da più parti, la previsione della nuova fattispecie di «Istigazione alla corruzione tra privati» inserita all'art. 2635-*bis* c.c. pare essere stata il frutto di una sorta di vero e proprio errore legislativo nell'attuazione della normativa sovranazionale ed ha comportato notevoli problemi di coordinamento interpretativo con la riformata fattispecie principale prevista all'art. 2635 c.c. (sul punto, v. soprattutto V. MILITELLO, *La corruzione*, cit., 564 ss.; S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Vol. II. I reati societari*, Torino, 2018, 135; A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit. 667 ss.).

⁴⁴ Il riflesso risulta particolarmente sottolineato da A. ROSSI, *Corruzione tra privati*, cit., 314.

⁴⁵ Questo il testo della disposizione:

«1. Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo.

2. La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.

3. Si procede a querela della persona offesa».

quella sottesa a tutte le precedenti configurazioni della fattispecie e, da questo punto di vista, ha comportato anche una significativa trasformazione del relativo modello di incriminazione. Nella specie, infatti, pur a fronte delle segnalate indicazioni giurisprudenziali aperte ad estendere il significato dell'originario evento del "nocumento alla società"⁴⁶, il venir meno di questo elemento di fattispecie ha portato ad escludere (o, quanto meno, ad allontanare) la dimensione "patrimoniale-privatistica" dalla sfera dell'oggettività giuridica del reato. Il fulcro di offensività del fatto tipico si è così incentrato sulla sola condotta di accordo corruttivo, accordo che, come detto, sia nel caso della ricezione di denaro od altra utilità indebiti, sia in caso di semplice accettazione della promessa di tali beni, è però rimasto ancorato ad un dolo specifico connotato dal fine di compiere o di omettere un atto "in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà".

Come già segnalato, a fronte di questi significativi e rilevanti aspetti di novità, da parte del GRECO è stato espresso un giudizio tendenzialmente positivo della riforma, formulando solo un rammarico per la mantenuta presenza di limiti alla procedibilità ed auspicando un futuro ripensamento⁴⁷.

Nettamente più critico è tuttavia risultato il giudizio della dottrina italiana. Oltre ad alcuni complessi problemi di coordinamento sistematico del nuovo assetto di disciplina⁴⁸, la modifica ha infatti portato all'evidenza due diversi riflessi. Da un lato, come è stato osservato, è stato colto un chiaro passaggio da un "modello patrimonialistico" di repressione della corruzione privata ad un «modello c.d. "lealístico", nel quale l'offesa colpisce la relazione fiduciaria che lega il soggetto "corrotto" alla società o all'ente nel cui ambito svolge la propria attività»⁴⁹. Dall'altro lato, tuttavia, proprio in ragione di tale perdurante centralità di interessi facenti capo all'ente di riferimento del soggetto corrotto, anche questo nuovo modello di incriminazione è stato ritenuto insufficiente ed inidoneo rispetto agli obblighi di disciplina dettati dall'ordinamento comunitario, non consentendo ancora di cogliere un distacco da un modello di tipo strettamente "privatistico" verso la adozione di un vero e proprio modello di tipo "pubblicistico": verso un modello di incriminazione, cioè, proiettato a focalizzare l'ambito primario degli obiettivi di politica criminale sulla tutela della correttezza delle regole di concorrenza e di mercato e, quindi, ad identificare gli interessi meritevoli di tutela anche e soprattutto nella posizione di soggetti ed enti terzi rispetto alle persone fisiche unite dal vincolo corruttivo⁵⁰.

In stretta connessione con queste puntualizzazioni, diretta rilevanza al riguardo è stata colta anche nei riflessi che la modifica del fatto tipico ha assunto rispetto al

⁴⁶ Così Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848.

⁴⁷ V. il rapporto GRECO del 29 giugno 2018 e M.C. UBIALI, *op. cit.*, 230.

⁴⁸ La modifica ha reso difficilmente interpretabile anche la "clausola di sussidiarietà", non essendo più altrimenti riferibile al precedente rapporto di "specialità reciproca" con la fattispecie della "corruzione pubblica": sul punto v. per tutti S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 139.

⁴⁹ E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit. Per una più specifica considerazione di questi modelli di disciplina, v. ancora G. FORTI, *La corruzione tra privati*, cit. 1115 ss., ed in seguito, *amplius*, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.

⁵⁰ R. BARTOLI, *Corruzione privata*, cit., 5 ss.;

mantenimento ed alla operatività della regola sulla procedibilità d'ufficio, fondata, come detto, sull'eventualità che «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi». Su questo piano è stata, infatti, rilevata una evidente «situazione di contraddittorietà», in quanto si è fatto osservare, che «l'eliminazione del pregiudizio per la società sembra implicare un'adesione al modello pubblicistico, mentre la procedibilità a querela induce a ravvisare una perdurante opzione per il modello lealistico, limitata però dalla perseguibilità di ufficio nei casi di distorsione della concorrenza, a sua volta espressiva di un accoglimento del modello pubblicistico»⁵¹. Parallelamente, oltre ad ulteriori ricadute sulla titolarità del diritto di querela, tutto ciò pare essersi venuto a riflettere anche sul requisito della "distorsione della concorrenza": come è stato osservato, infatti, a fronte della segnalata modifica del fatto tipico, tale requisito «non può essere inteso quale ulteriore evento del reato, oggetto di verifica sul piano causale, poiché un siffatto accertamento – di per sé impraticabile, in quanto 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 – appare precluso dalla formulazione del reato in chiave di pericolo, legato all'offerta o alla sollecitazione ovvero alla promessa o dazione dell'utilità». Per questo motivo si è pertanto ritenuto, che il requisito della "distorsione della concorrenza" non potesse che essere inteso «come un pericolo potenzialmente connesso alla corruzione in atti aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi»⁵².

Sotto il profilo della conformità agli obblighi comunitari ed internazionali anche questa nuova disciplina della corruzione tra privati è così apparsa viziata da perduranti elementi di critica e contrasto: in primo luogo, in relazione alla mantenuta formulazione e collocazione delle relative fattispecie, rimaste legate al contesto dei reati societari e così ignorando la parallela rilevanza di accordi corruttivi anche nel più generale ambito imprenditoriale e lavorativo; in secondo luogo per la mantenuta esclusione di sanzioni accessorie per le persone fisiche e di responsabilità diretta per gli enti con riferimento al versante della corruzione passiva; e da ultimo, ma forse anche soprattutto, per la mantenuta limitazione alla procedibilità d'ufficio⁵³.

Ancora una volta, perciò, l'esito del giudizio è stato decisamente critico e si è così osservato che, «valutata nel dettaglio, la riforma presenta una serie di elementi spuri, di imperfezioni e contraddizioni, che rendono difficile ricostruirne il senso complessivo in maniera armonica: soprattutto, una volta superato il modello dell'infedeltà patrimoniale da corruzione, non è chiaro a quale altro modello si sia inteso dare effettivamente corso. L'impressione di fondo ... è che quella infine realizzata sia una riforma impostata ... alla meno peggio per evitare le complicità di una procedura di infrazione comunitaria, alle cui spalle non si scorge però una adeguata consapevolezza politico-criminale, ma soltanto la premura di rattoppare una (pretesa) lacuna normativa»⁵⁴.

⁵¹ Per questi ultimi rilievi v. soprattutto S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 137; A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 667 ss.

⁵² V. ancora S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, 138.

⁵³ Per queste critiche v. S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, 140.

⁵⁴ A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 645 s.

6. I problematici effetti delle ultime correzioni introdotte dalla “legge spazzacorrotti” del 2019: i segni di una “metamorfosi” ancora viziata ed incompiuta.

A ben vedere, analogo giudizio critico appare, in realtà, riferibile anche alla modifica legislativa di recente introdotta dalla c.d. “legge spazzacorrotti”. Come già accennato, infatti, con le modifiche introdotte dal comma 5 dell’unico articolo contenuto nella legge n. 3/2019 è stata disposta la abrogazione, rispettivamente, del comma 5 e del comma 3 degli artt. 2635 e 2635-*bis* c.c.: nella sostanza, quindi, l’unico elemento di novità è stato determinato dalla modifica del regime di procedibilità delle due fattispecie criminose, che viene oggi ancorato ad una unitaria ed obbligatoria disciplina di procedibilità d’ufficio.

Anche in questo caso, tuttavia, la frettolosa scelta di uniformarsi alle raccomandazioni del GRECO, e di evitare così nuovi rischi di procedure di infrazione, attiva potenti riflettori sui congeniti limiti strutturali della disciplina italiana: da un lato, pone in ancor maggiore evidenza la sfuggente dimensione tipica delle condotte oggi penalmente sanzionabili, mentre, dall’altro, determina l’inopportuno affievolimento di una prospettiva di tutela realmente ancorata al buon funzionamento del mercato ed al rispetto delle regole sulla concorrenza.

Il fondamento di queste critiche emerge con chiarezza proprio da quanto sinora osservato. Come visto, in effetti, l’attuale configurazione della fattispecie di cui all’art. 2635 c.c. prevede l’immediata e diretta punibilità (e procedibilità) dei soggetti attivi all’uopo indicati per le sole condotte consistenti nel “sollecitare” o “ricevere” od “accettare la promessa”, per sé o per altri, di denaro o altra utilità non dovuti; l’unico ulteriore elemento di fattispecie, che concorre oggi a corroborare sia la dimensione tipica del fatto, sia la corrispondente proiezione offensiva, è dato solo dalla mantenuta previsione di un requisito di “dolo specifico” fissato dalla formula «per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà». In particolare, nell’attuale quadro di disciplina viene oggi a mancare, non solo ogni precedente e già cancellata componente dannosa di rilevanza economico-patrimoniale, ma anche ogni minimo od indiretto richiamo a quel requisito di “distorsione della concorrenza” che, ancorché marginalmente collocato a filtrare i soli riflessi di procedibilità d’ufficio del reato, forniva quanto meno una indicazione espressa della prospettiva di tutela che, in ottica più prettamente pubblicistica, doveva/poteva considerarsi sottesa alla previsione normativa della fattispecie in parola⁵⁵.

Per effetto dell’ultima modifica introdotta nel 2019 dal legislatore italiano, la determinazione del *focus* dell’offensività tipica delle condotte di “corruzione privata passiva” viene così oggi affidata alla sola previsione del carattere “indebito” dell’utilità

⁵⁵ Sul punto v. ad esempio A. ROSSI, *Corruzione tra privati*, cit., 321 che giustamente osservava: «Pare si tratti di una particolare situazione ove tale elemento a carattere naturalistico non fa parte della materia del divieto, è ultroneo rispetto al disvalore del fatto, che già di per sé è punibile, ma attualizza l’offesa all’interesse ad esso sottostante, con una progressione della stessa, in un quadro di plurioffensività del fatto».

rispettivamente sollecitata, ricevuta, od accettata come promessa, nonché alla contrarietà ad “obblighi d’ufficio”, ma anche a meri “obblighi di fedeltà”, dell’atto finalisticamente identificato quale oggetto del sinallagma corruttivo. Ed identica limitatezza di requisiti rilevanti viene altresì a caratterizzare la corrispondente condotta di “corruzione privata attiva”, per la punibilità (e procedibilità) della quale è oggi sufficiente la semplice “offerta”, “promessa” o “dazione” di denaro o altra utilità “non dovuti”.

Ancor più di quanto non fosse già apprezzabile a seguito della precedente riforma del 2017, la disciplina italiana viene così ad orientarsi in forma ancora più esplicita verso un modello di stampo esclusivamente “lealistico/fiduciario”: un modello, cioè, che, pur se non precluso o vietato, rischia, tuttavia, di lasciare inopinatamente in ombra quella componente “pubblicistica” che più di ogni altra appare valorizzata dalle sollecitazioni comunitarie tese a tutelare la correttezza della “concorrenza” ed a colpire la “corruzione tra privati” quale fenomeno che, prima ancora del rapporto di fedeltà con l’ente di appartenenza, proietta riflessi negativi sul buon andamento del mercato, sia nella considerazione degli interessi vantati dai soggetti che vi partecipano, sia di quelli dei suoi destinatari finali.

I limiti di questo modello “italiano” di disciplina emergono con massima evidenza dal confronto comparatistico, nella disamina del quale, se pure non mancano soluzioni connotate da analoghe caratteristiche⁵⁶, è però anche dato apprezzare la presenza di esempi legislativi che, ferma l’anticipazione dell’intervento penale già alla fase del semplice accordo corruttivo, od anche della sua stessa sollecitazione, consentono di ancorare la tipicità del fatto ad una sfera di offensività direttamente incentrata sulla tutela della concorrenza e del mercato. Validi esempi di questa più efficace azione di tipizzazione legislativa possono essere colti sia nella disciplina tedesca⁵⁷, che in quella spagnola⁵⁸, ove il legislatore, sempre mediante una tecnica basata sulla previsione di elementi di “dolo specifico”, si è premurato con attenzione di ricollegare l’oggetto del possibile accordo corruttivo ad attività comunque rilevanti nel commercio di beni o nella

⁵⁶ V. ad esempio l’art. L152-6 del *Code du Travail* francese, che punisce «il fatto, da parte di qualsiasi amministratore o dipendente, di sollecitare o accettare, direttamente o indirettamente, senza la conoscenza e senza l’autorizzazione del suo datore di lavoro, offerte o promesse, regali, regali, sconti o bonus da realizzare o astenersi dall’eseguire un atto della sua funzione o facilitato dalla sua funzione»: su questa fattispecie v. per tutti M. BENILLOUCHE, *L’incrimination de la corruption en France*, in M. DELMAS MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, VII, *Les processus d’internationalisation*, Paris, 2001, 45 ss.

⁵⁷ Secondo il paragrafo 299 dello StGB tedesco, che prevede il delitto di “corruzione nei rapporti di affari”, le condotte sanzionate corrispondono oggettivamente a quelle indicate in Italia dall’art. 2635 c.c., ma occorre che l’utilità indebita sia il corrispettivo di un vantaggio indebito «nell’acquisto di beni o servizi». Su questa fattispecie v. per tutti K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3^a ed, 2011, München, 139 ss.

⁵⁸ Secondo l’art. 286-bis del Codice penal, che prevede il delitto di “corruzione negli affari”, le condotte sanzionate corrispondono oggettivamente a quelle indicate in Italia dall’art. 2635 c.c., ma la fattispecie richiede che l’utilità indebita rappresenti la «controprestazione per favorire indebitamente altri nell’acquisizione o nella vendita di beni, o nel contratto di servizi o nei rapporti commerciali». Su questa fattispecie v. per tutti C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)*, in T. VIVES ANTÓN, E. ORTS BERENGUER, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a ed, Valencia, 2010, 504 ss.

prestazione di servizi.

Come detto, la prospettiva di una scelta di tipo prettamente “lealístico/fiduciario” non è preclusa o vietata. Si tratta, tuttavia, di soluzione che, così come oggi prevista dalla legislazione italiana, lascia aperti opinabili margini di incertezza interpretativa ed applicativa, laddove focalizza il perno della tipicità oggettiva del reato sulla sola generica violazione di “obblighi d’ufficio” o di “obblighi mera fedeltà”. Come è stato bene evidenziato da una convergente opinione d’insieme, l’integrazione di questi requisiti è quanto mai vaga ed indeterminata⁵⁹ e presenta il rischio di una dilatazione della sfera dell’illecito, che appare forse incompatibile con il carattere di *extrema ratio* che, anche nella dimensione comunitaria, dovrebbe comunque caratterizzare la repressione penale. Ma non solo: l’attuale disciplina rischia altresì di rendere scarsamente ravvisabili quei profili di “interesse o vantaggio” (ex art. 5 D.Lgs. n. 231/2001) sui quali dovrebbe parallelamente apprezzarsi il fondamento dell’eventuale responsabilità diretta degli enti collettivi concretamente coinvolti, sia sul versante della corruzione attiva, sia, oggi, anche di quello della corruzione passiva.

Di certo, in ogni caso, è plausibile prevedere che, pur in presenza dell’attuale regime di procedibilità d’ufficio, il quadro di effettiva applicazione della fattispecie rimarrà quanto mai limitato e circoscritto, atteso che l’eventuale scoperta di fatti corruttivi commessi da persone interne alla società potrà spingere i vertici di quest’ultima a ritenere preferibile l’adozione di provvedimenti privatistici di cessazione del rapporto lavorativo con il dipendente corrotto, piuttosto che il ricorso a denunce penali per effetto delle quali si aprirebbe il rischio di portare a conoscenza esterna tale poco commendevole aspetto di infedeltà interna.

Ancora una volta, tuttavia, il vizio principale della disciplina oggi vigente emerge proprio dalla considerazione delle aspettative e degli impegni comunitari. Come è stato più volte segnalato anche rispetto alle precedenti configurazioni della disciplina italiana, l’originaria previsione della procedibilità a querela era, infatti, giustificabile solo nella sfera di un modello di tipo prettamente “privatistico” (sia in chiave di tutela “economico-patrimoniale”, sia con rilevanza “lealístico-fiduciaria”); e ciò, anche in ragione degli effetti negativi di “pubblicità processuale” che rischiano indirettamente di colpire l’ente di appartenenza del soggetto corrotto. La scelta di liberare il delitto di “corruzione tra privati” da ogni limite di tipo procedurale era quindi certamente funzionale ad un potenziamento di quella prospettiva di tutela “pubblicistica”, che vede nel rispetto delle regole di concorrenza e di buon andamento del mercato il *focus* del disvalore espresso da tali accordi corruttivi. Da questo punto di vista, tuttavia, appare fortemente opinabile la parallela perdita di qualunque requisito di fattispecie utile a

⁵⁹ Sul punto, per tutti, v. A. ROSSI, *Corruzione tra privati*, cit., 315 e soprattutto S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 133, il quale, non a caso, con riferimento alle ultime modifiche, avverte il rischio di una alterazione della reale dimensione tipica della fattispecie attuale e propone perciò di ancorare alla «esigenza di evitare una privatizzazione dell’interesse tutelato, incompatibile con la natura indisponibile del bene della concorrenza», la necessità di «legare la violazione dei doveri di ufficio e di fedeltà a interessi pubblici ed esterni all’impresa» (S. SEMINARA, *Indebita percezione*, cit., 598). L’assenza di elementi tipici idonei a fondare questa correzione interpretativa affida tuttavia al solo piano degli auspici la reale praticabilità di questa soluzione.

corroborare questo più specifico obiettivo di tutela; un obiettivo, in particolare, che risulta più marcatamente apprezzabile solo attraverso una tipizzazione normativa del reato di “corruzione tra privati” che consenta di abbracciare anche «interessi esterni alla società o all’ente, come, per esempio, quelli di soggetti potenzialmente danneggiati dall’accordo corruttivo e dalla sua esecuzione»⁶⁰.

Ancora una volta, perciò, la scelta italiana di intervenire con circoscritte modifiche correttive sulle sole disposizioni incriminatrici già in vigore, senza una attenta e consapevole riflessione sulla dimensione complessiva degli spazi di tutela così coperti dalle fattispecie oggi previste, lascia in evidenza il permanere di importanti vuoti di disciplina, inquadrando la già complessa ed articolata evoluzione del reato di “corruzione tra privati” nel contesto di una sicura metamorfosi di fondo: una metamorfosi, tuttavia, ancora viziata ed incompleta, in quanto inidonea a caratterizzare l’attuale disciplina italiana quale modello di effettiva ed efficace tutela “pubblicistica” della concorrenza e del mercato, pienamente allineato alle raccomandazioni comunitarie.

⁶⁰ E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., 3. Pur con tutte le incertezze che si sarebbero potute apprezzare nella previsione di un evento oggettivamente rappresentato da un effetto distorsivo della concorrenza, più coerente con questa prospettiva poteva forse risultare l’auspicata riconfigurazione della fattispecie quale “reato di evento” fondata proprio sul verificarsi di tale effetto distorsivo: in questo senso v. ad esempio R. ZANNOTTI, *La corruzione privata*, cit., 557; ed in seguito M. BELLACOSA, *La corruzione privata*, cit., 69. Di certo, in ogni caso, proprio l’indeterminatezza anche di questo “evento” pare rendere preferibile una soluzione che ne valorizzi la rilevanza solo nella prospettiva del “dolo specifico”, secondo lo schema già rilevato in altre legislazioni straniere (v. *supra*).