

Premessa.

La corruzione come fenomeno empirico corre principalmente, se non esclusivamente (in termini diretti o indiretti), sul terreno dell'economia; ogni qual volta, infatti, si voglia rimuovere l'ostacolo costituito dall'esercizio di una funzione ossia dalla gestione di un potere, deviandone, in modo arbitrario, i risultati in proprio favore, comprando i servizi del titolare di tale potere, si perseguono, normalmente, obiettivi di carattere economico finanziario.

La storia legata ai grandi scandali finanziari (dalla banca di Roma, al Banco Ambrosiano, ai più recenti casi Iodo Mondadori, Parmalat e a quelli ancora in fase di accertamento) ce lo dimostra.

La stessa Europa nel sollecitare i suoi stati Membri a fornirsi di normative adeguate al contrasto del fenomeno corruttivo lo ha fatto pensando alla tutela di interessi economico-finanziari e, principalmente, di una vera libera concorrenza, costantemente minacciata dai metodi limacciosi del sotterfugio prezzolati per aggirare le regole in funzione dell'ottenimento di un vantaggio altrimenti immeritato.

Sarebbe riduttivo, però, incentrarne l'ambito di tutela nell'area tematica dei delitti contro la pubblica amministrazione; non è solo quest'ultima, infatti, la sede in cui una posizione di potere, in senso lato, diviene possibile oggetto di mercimonio.

Proprio in quanto si tratta di metodi criminali che attraversano non solo il terreno pubblico, ma anche quello privato, in sede europea si è voluto dare una forte spinta verso forme di copertura penale in entrambi tali settori.

Nell'accingerci, perciò, a prendere in considerazione le scelte del legislatore italiano sul fenomeno della corruzione privata occorre porsi alcune domande fondamentali:

- Se esse siano in sintonia con le indicazioni espresse in sede europea;
- Se le caratteristiche intrinseche delle soluzioni normative siano idonee a contrastare il fenomeno corruttivo, seppure limitatamente all'ambito nel quale si è scelto d'intervenire;
- Se l'ambito di tale intervento preso in considerazione dal legislatore focalizzi in termini esaustivi quanto in effetti avviene nel mercimonio privato delle funzioni;
- Se possa considerarsi adeguato il luogo normativo in cui si è scelto di parlare della corruzione tra privati (ossia il titolo XI del codice civile dedicato alle disposizioni penali in materia di società e consorzi).

1. Le sollecitazioni provenienti dall'Europa.

In ragione della forte esigenza di valorizzare la correttezza dei comportamenti nel settore dell'attività economica privata fra i vari “considerando” dell'Azione comune europea del 22 dicembre 1998¹ si legge che la corruzione “... *falsa la concorrenza leale e compromette i principi di apertura e libertà dei mercati, in particolare il buon funzionamento del mercato interno, ed è contraria alla trasparenza e all'apertura del commercio internazionale*”; in particolare negli artt. 2 e 3 si indicano le caratteristiche delle condotte suscettibili di essere configurate in termini di illeciti penali, individuandole in quelle che “*comportino o possano comportare distorsione di concorrenza come minimo nell'ambito del mercato comune e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto*”.

Il 5 novembre 2002 il Parlamento europeo approvava la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, nella quale (“considerando” n. 7) si ribadisce che “*gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto, e inoltre generi distorsioni di concorrenza e ostacoli un corretto sviluppo economico*”.

La Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la Corruzione (Convenzione ONU 31 ottobre 2003), anche in ragione della larga adesione dei paesi firmatari, segnalava la gravità del problema e la ferma volontà di affrontarlo, con l'art. 21, in particolare, sollecitando l'attenzione alla corruzione in ambito privato, il cui significato deteriore è nel comportamento scorretto assunto nelle relazioni economiche, finanziarie e commerciali, viziati dalla compravendita delle sfere d'influenza connesse all'ufficio privato².

¹ Tale Azione comune il Consiglio europeo ha emanato in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea, sulla corruzione nel settore privato (98/742/GAI), in GUCE, n. L 358 del 31 dicembre 1998, p. 2-4.

² Il testo dell'articolo 21 (*Bribery in the private sector*) è il seguente: “*Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities:*

The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting;

The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting”

Appare assai chiaro che negli articolati sopranazionali³ il disvalore delle condotte corruttive non è collegato alla lesione di interessi propri dell'ente nel quale il soggetto attivo del reato operi, quanto, piuttosto, agli effetti esterni che la condotta corruttiva produca, venendo in rilievo, in primo luogo, la possibilità dell'alterazione della concorrenza ovvero la produzione di danni economici che i terzi possono subire in conseguenza di una non corretta aggiudicazione o di una non corretta esecuzione di un contratto⁴.

Nemmeno alla Decisione quadro Ue n. 2003/568/Gai del 22 luglio 2003⁵, sono seguite soluzioni conformi nelle leggi degli Stati, non solo di quello italiano.

Le legislazioni di diversi Paesi dell'Unione Europea non paiono, infatti, in sintonia con le previsioni sopranazionali⁶.

In alcuni Paesi (come Francia⁷, Belgio, Olanda⁸ e Regno Unito⁹) con il reato di corruzione privata si punisce la condotta del dipendente che violi i suoi doveri di lealtà verso il datore di

³ Per una panoramica delle iniziative a livello sopranazionale, v. Barbara Huber, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 31 ss

⁴ V. MILITELLO, *Corruzione tra privati e scelte d'incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, in R. ACQUAROLI e L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati*, Milano, 2003, p. 355 ss.

⁵ Si riportano i primi tre commi dell'art. 2 (intitolato *corruzione attiva e passiva nel settore privato*): “ 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che le seguenti condotte intenzionali costituiscono un illecito penale allorché sono compiute nell'ambito di attività professionali:

1. *Promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità nel settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere;*

2. *Sollecitare o ricevere direttamente o tramite un intermediario un indebito vantaggio di qualsiasi natura oppure accertare la promessa di tale vantaggio, per sé o per un terzo, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere.*

2. *Il paragrafo 1 si applica alle attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro.*

3. *Uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali?”*

⁶ José Luis De La Cuesta Arzamendi, Isidoro Blanco Cordero, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sopranazionali e di diritto comparato*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 43 ss.; A. N. Martin, *La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, *ibidem*, p. 111 ss;

⁷ M. P. Lucas de Leyssac, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, *ibidem* p. 101 ss.

⁸ P. Tak, *Il reato di corruzione privata in Olanda*, *ibidem*, p. 143 ss;

⁹ R. Sullivan, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, *ibidem*, p. 157 ss.

lavoro; in altri Paesi (Germania¹⁰, Austria, Svizzera e, più di recente, Portogallo) si tende a focalizzare il disvalore del comportamento corruttivo nella lesione della concorrenza leale che esso inevitabilmente produce.

2. La risposta dello Stato Italiano: la creazione di una particolare ipotesi d'infedeltà societaria.

In Italia si rintraccia il primo intervento normativo sulla corruzione privata nel d.lgs. 61/2002, che con l'art. 1 (intitolato “*Nuove disposizioni sugli illeciti penali e amministrativi in materia di società e consorzi*”) riscrive il titolo XI del libro V del codice civile, ponendo all'interno del capo IV (intitolato “*Degli altri illeciti, delle circostanze attenuanti e delle misure di sicurezza patrimoniale*”) l'art. 2635, la cui rubrica “*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*” manifesta la stessa ritrosia del legislatore a utilizzare il termine “corruzione”, evidentemente ritenuto, a torto, inadeguato a rappresentare il mercimonio di funzioni in ambito privato. Il reato ruota, in effetti, attorno ad una tutela se non esclusivamente di natura patrimoniale (sul punto la giurisprudenza ha un piccolo spazio di manovra per dare un minimo di vitalità alla norma lavorando intorno al concetto di nocumento), di certo limitata, comunque, all'interno dell'ente nel quale opera il soggetto attivo del reato.

Tale scelta se, per un verso, è apparsa riduttiva rispetto ai comuni intenti espressi in seno all'Europa, per altro verso, ha finito con l'introdurre all'interno del sistema penale italiano un reato non solo inutile, in quanto la tutela del patrimonio era (ed è) garantita già dal ricorso ad altre tradizionali fattispecie, ma per certi aspetti, anche foriero di trattamenti diseguali tra i soggetti attivi indicati nella norma dell'art. 2635 c.c.(amministratori, direttori generali, liquidatori, sindaci) ed altri soggetti, i quali, pur ponendo in essere lo stesso tipo di comportamento, subivano il trattamento punitivo più severo previsto nei reati comuni (quali truffa ed appropriazione indebita)¹¹.

¹⁰ 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)*, Milano, 2003, p. 75 ss;

¹¹ R. ACQUAROLI e L. FOFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, *ibidem* p. 10 ss., propongono di classificare le fattispecie suscettibili di utilizzazione nella materia della corruzione tra privati, distinguendole in tre tipologie:

- a. Criminalizzazione della corruzione tra privati in via indiretta ed eventuale: truffa (640 c.p.); appropriazione indebita (646 c.p.); turbata libertà dell'industria e del commercio (513 c.p.);
- b. Criminalizzazione di condotte collaterali o conseguenti alla corruzione tra privati: rivelazione di segreto professionale (622 c.p.); rivelazione di segreti scientifici ed industriali (623 c.p.);
- c. Criminalizzazione di particolari ipotesi di corruzione tra privati: turbata libertà degli incanti (353 c.p.); astensione dagli incanti (354 c.p.); comparaggio nella commercializzazione di prodotti farmaceutici (170-172 r.d. 27 luglio 1934 n. 1265); mercato di voto nelle procedure concorsuali (233 l.f.); compensi illegali ad amministratori e dipendenti della società di revisione (178 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58); frode sportiva (art. 1 l. 13 dicembre 1989 n. 401)

La prospettiva angusta nella quale il legislatore italiano del 2002 ha voluto muoversi non ha certo contribuito a risolvere le problematiche che in generale in materia di corruzione si erano già poste con riferimento al processo di privatizzazione di imprese pubbliche, società per azioni a partecipazione pubblica, società erogatrici di pubblici servizi, con l'inevitabile sostituzione di una forma di corruzione privata alla corruzione precedentemente espressa in ambito pubblico¹².

Già prima della riforma del 2002, peraltro, non erano mancati tentativi giurisprudenziali di ricondurre fatti di corruzione fra privati nelle ipotesi di corruzione di pubblici ufficiali ovvero incaricati di pubblici servizi, con dilatazioni interpretative delle norme penali talvolta di dubbia validità, avvertite, tuttavia, come necessarie dal vuoto normativo sul fenomeno corruttivo in ambito privato¹³.

3. La rubrica: sua coerenza al contenuto del precetto.

Non è indifferente la rubrica della fattispecie incriminatrice. Il legislatore, che interpreta il fenomeno corruttivo come quel comportamento attraverso il quale il gestore, il controllore (e le varie figure a essi riferibili) dell'ente giuridico provocano a questo un pregiudizio, vuole evitare accuratamente di utilizzare il termine corruzione e rimarcare, invece, l'aspetto dell'infedeltà delle figure di vertice della società commerciale per conto della quale operano e della quale devono salvaguardare gli interessi; la rubrica, perciò, recita “*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*”.

Si tratta di un primo passaggio importante; la rubrica è il chiodo al quale viene appeso il precetto, anticipandone l'oggetto. Nel decreto legislativo 61/2002, dunque, la corruzione tra privati non esiste, quel che si vuole punire è l'infedeltà dei vertici e la rilevanza penale è riferita a

¹² M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002; il tema della corruzione in ambito pubblico ha trovato in Italia la sua più nota espressione nell'esperienza di “Tangentopoli”, In generale sul fenomeno c.d. di “Tangentopoli”, v. D. NELKEN, *Il significato di Tangentopoli, La risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XIV, 1988, p. 597; V. pure gli ampi richiami bibliografici contenuti nella nota 8 del lavoro di ACQUAROLI e L. FOFFANI, *op. ult. cit.*, p. 4

¹³ A. CRESPI, *Il nuovo testo dell'art. 358 c.p. ed un preteso caso di corruzione punibile*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1239 ss.; Trib. Milano, 22 maggio 1992, Papi; S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 991; G. FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 287 ss.; Trib. Milano, 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro it.*, 1995, II, c. 24 ss.; Cass., 21 gennaio 1998, Cusani, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 301 ss., in *Foro it.*, 1998, II, c. 517 ss. ed in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 913 ss.; Cass., sez. un., 10 ottobre 1981, Carfi, in *Foro it.*, 1981, II, c. 553 ss.; Cass., sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Foro it.*, 1987, II, c. 481 ss.; Cass., sez. un., 28 febbraio 1989, Vita, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1698 ss.; G.M. FLICK, *Diritto penale e credito: problemi attuali e prospettive di soluzione*, Milano, 1990; M. ROMANO, “Pubblico” e “privato” nella responsabilità degli amministratori e reati societari, in *Jus*, 1987, 147 ss.; D. DELLA PORTA-A. VANNUCCI, *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di mani pulite*, Roma-Bari, 1999, p. 152; Adan Nieto Martin, *op. cit.*, p. 126 ss.; R. ACQUAROLI-L. FOFFANI, *op. cit.*, p. 7; LA SPINA-G.D. MAGONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000.

un disvalore che si manifesta tutto all'interno dell'ente stesso. Cosicché neppure nel corpo di diritto in cui per antonomasia sono consacrate le relazioni tra privati, ossia il codice civile (nel quale è destinata a inserirsi la novella di cui al d.lvo 61/2002), l'espressione "*corruzione tra privati*" è destinata a comparire.

Ed è proprio tale ambito di efficacia della norma a svilire non solo la tutela dei beni della correttezza, della lealtà, della fiducia, della libera e cristallina concorrenza nelle relazioni tra privati, ma anche la stessa dignità delle funzioni esercitate da tutti coloro che nell'ambito dell'ente giuridico amministrano, dirigono, controllano.

Ciò che rileva, infatti, non è il comportamento *non corretto* di tutti costoro, ma solo l'interesse (essenzialmente di natura economica) a stigmatizzarlo da parte della società nell'ambito della quale gli stessi abbiano agito. Fino a che tale interesse non emerga la violazione di legge è tollerata, rimanendo nella più totale indifferenza, pur essendoci stata e pur avendo prodotto dei risultati anomali a danno dei soggetti estranei all'ente in cui ha operato il soggetto corrotto, e che, proprio in quanto tali, rimangono privi della specifica tutela penale. A loro, che in fondo sono i primi a essere danneggiati dall'accordo corruttivo, la legge penale non dà voce.

L'impatto sul sistema è devastante.

Lo è, in primo luogo, proprio per il microcosmo sul quale la norma dell'art. 2635 c.c. vorrebbe agire: il mondo della società commerciale, caratterizzato da un reticolo di disposizioni che tracciano la mappa dei principi sulla responsabilità per chi esercita funzioni gestorie e di controllo (si pensi, ad es., agli artt. 2384, II co., , 2390, 2391, per gli amministratori, agli artt. 2403, 2403 *bis*, 2407 c.c., per i sindaci).

Si tratta di disposizioni che entrano nella fattispecie penale quali impliciti riferimenti normativi richiamati dall'elemento della "*violazione degli obblighi inerenti all'ufficio..*".

Le società commerciali (ed in particolare le società di capitali) rappresentano, infatti, esse stesse un valore di primaria importanza per il benessere economico: chi al loro interno opera ha il dovere di agire con la massima trasparenza in ragione delle implicazioni socio-economiche, degli interessi ed aspettative che le società commerciali sollecitano nella collettività.

Pure le condotte che, poste in essere in collusione con terzi soggetti, finiscano con il favorire questi ultimi a tutto detrimento delle corrette regole di mercato e della libera concorrenza possono provocare i più gravi pregiudizi ad investitori, risparmiatori, clienti, fornitori, creditori, soggetti diversi costituenti una vasta platea di pubblico.

In effetti la tutela forte degli interessi sopra richiamati sembra in sintonia con le stesse previsioni costituzionali che esprimono sia il principio dell'utilità sociale cui l'iniziativa economica deve

ispirarsi (art. 41 Cost.) sia l'importanza del risparmio del quale garantisce protezione in tutte le forme in cui esso tenda a realizzarsi (art. 47 Cost.).

Di tali valori non solo i principi di veridicità e chiarezza dei bilanci, di verità delle comunicazioni sociali ma anche la fedeltà non tanto all'ente societario di appartenenza ma ai *compiti funzionali* inerenti all'ufficio ricoperto all'interno dell'ente, sembrano costituire inevitabili corollari. E' proprio su tale terreno che può apprezzarsi la funzione general preventiva della norma penale e non tanto nella sua dimensione applicativa quanto nella sua stessa conoscenza da parte dei destinatari, i quali hanno modo di trovare in essa una guida dei loro comportamenti; la norma penale, in fondo, condiziona, nella prospettiva di un interesse comune, le condotte, incanalandole su certi binari le orienta e contribuisce alla formazione di una sensibilità e di una cultura protesa verso il rispetto di valori condivisi.

Quale immagine il sistema può dare di sé quando, nonostante la violazione degli obblighi inerenti all'ufficio può non accadere nulla, perché, in fondo, quella violazione, benché abbia danneggiato i terzi o la concorrenza, è ritenuta neutra per gli interessi della società commerciale o addirittura per questa profittevole ?

Quale dignità può residuare alle funzioni di vertice degli enti giuridici, se passa il principio che la correttezza non è un valore in sé ma una variabile dipendente dall'interesse della società commerciale nel quale ha operato l'amministratore o il controllore disonesto?

Se ne trae un'impressione strana che alimenta un sospetto: per evitare che la situazione possa sfuggire di mano o che le regole del libero mercato prevalgano sul mercato senza regole si pongono barriere, con le quali si vuole impedire che del comportamento scorretto, di quell'accordo tra amministratore infedele e terzo (compravendita di funzione) si parli fuori delle mura dell'ente giuridico, in assenza della volontà di questo, il quale si trasforma in persona offesa (tale qualità potendosi al più riconoscere anche al singolo socio -ma per questo occorre passare per non scontate opzioni interpretative-).

Funzionale a tale obiettivo è la costituzione di due fattori: la perseguibilità a querela e il nocumento all'ente giuridico in cui ha operato l'amministratore infedele.

Che si trattasse di fattori ostativi alla operatività della norma doveva essere chiaro fin dall'inizio; la riprova della difficile sua applicazione la si può rinvenire nel pressoché silenzio giurisprudenziale sin dalla sua entrata in vigore. Per individuare la prima sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione sull'art. 2635 c.c. dobbiamo attendere il 6 febbraio del 2013 quando viene depositata la sentenza Cassazione sez. V penale, n. 5848-2013. E' la prima e, a oggi, l'unica, sentenza in materia.

Essa rappresenta, perciò, il punto di riferimento fondamentale per dipanare alcune problematiche interpretative che, presenti nell'art. 2635 c.c. nella sua formulazione elaborata con il d.lvo 61/2002, sono rimaste irrisolte nella formulazione adottata nel d.lvo 190/2012.

Ancor prima di accennare al contenuto di tale decisione (v., oltre, par. 4.2.), merita di sottolineare la significatività del rilievo statistico, dal quale il legislatore avrebbe dovuto ricavare la conclusione che la procedibilità a querela del reato d'*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità* non aveva agevolato l'emersione del fenomeno corruttivo nei rapporti tra le società commerciali e che le caratteristiche del suo apparato strutturale ne avevano reso ostico l'accertamento.

Si sarebbe potuto, perciò, assumere, come base per una rivisitazione dell'art. 2635 c.c., quanto meno la traccia segnata dal II comma dell'art. 28 del d.lgs. n. 39 del 2010, nel dare rilievo al fenomeno corruttivo in ambito privato sia agendo sul versante della procedibilità sia sganciando la fattispecie dall'evento di tipo patrimoniale.

In ambito privato, infatti, l'espressione "corruzione" era già stata espressamente enunciata dal legislatore con il d.lvo n. 39 del 2010 con il quale, nel recepire la Direttiva 2006/43/UE, sono state introdotte nell'ordinamento italiano alcune novità in materia di controllo dei conti.

All'espunzione dall'art. 2635 c.c. del riferimento ai responsabili della revisione quali soggetti attivi della condotta¹⁴, si è accompagnata la creazione di norma *ad hoc* per i responsabili della revisione; il citato d.lvo, infatti, con l'art. 28 ha provveduto a dettare una norma analoga per la corruzione dei revisori¹⁵.

Tale norma, che è sostanzialmente strutturata sulla falsariga dell'art. 2635 c.c., se ne differenzia in generale per la procedibilità d'ufficio e nell'ipotesi in cui la revisione riguardi enti di interesse pubblico per due aspetti:

¹⁴ Erano considerati «responsabili della revisione» sia il singolo revisore (persona fisica), sia i soci e gli amministratori della società di revisione (cfr. art. 156, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cd. t.u.f.) - in tal senso Amati, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in Rossi (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 439 -. Era stato, peraltro, opportunamente rilevato in dottrina (Foffani, *Le infedeltà*, in Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002) che la presenza dei "revisori" tra i soggetti attivi, determinava un'estensione della tutela penale all'affidabilità dei meccanismi istituzionali di controllo esterno sulla contabilità dell'impresa sociale, rendendo non più razionale il richiamo al "nocumento" della società e suscitando perplessità, data la natura dell'interesse protetto dalla fattispecie (in quanto ritenuto sostanzialmente coincidente con la tutela del patrimonio sociale).

¹⁵ L'art. 28 (*Corruzione dei revisori*) del d.lgs. 39/2010 così dispone: "1. I responsabili della revisione legale, 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. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità.

2. 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, per denaro o altra utilità data o promessa, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità.

3. Si procede d'ufficio".

- la mancanza del riferimento di tipo patrimonialistico;
- l'inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Se si vuole il minimo denominatore comune tra corruzione pubblica e corruzione privata è la gestione di centri di potere, il cui funzionamento diviene oggetto di mercimonio per gli scopi più diversi. È perciò lo stesso meccanismo che di per sé diventa fonte di pericolo se non di lesione diretta di beni e valori di carattere generale. Proprio a tutela di questi dovrebbe pensarsi l'intervento punitivo di carattere penale.

In modelli a questo alternativi ben potrebbero, d'altra parte, rinvenirsi rimedi più efficaci sia per la salvaguardia del patrimonio eventualmente leso dalla condotta corruttiva sia per l'individuazione di sistemi idonei a prevenire tale tipo di comportamento¹⁶.

4. La riforma del 2012.

Al contrario, il legislatore del 2012 ha mantenuto l'adesione al contenuto del precetto di cui all'art. 2635 c.c., mutandone pressoché solo la rubrica in cui compare l'espressione "corruzione tra privati", che, se letta in controluce al contenuto della norma tradisce un'ipotesi di pubblicità ingannevole, la fattispecie continuando a riguardare il comportamento infedele dei soggetti espressamente indicati nella norma¹⁷.

¹⁶ Cass., 10 maggio 1938, in *Foro it.*, 1938, I, c. 1558; Cass., 3 agosto 1948, in *Foro it.*, 1949, I, c. 245; Cass., 21 novembre 1983, n. 6928; Cass., 19 maggio 1943, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 55, 105; Cass., 12 aprile 1985, Mancino, in *Riv. pen.*, 1986, p. 521; C. PEDRAZZI, *Codici etici e legge dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1049; C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002; P. SFAMENI, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 65 ss.; M. MAGRINI, *Una governance in stile Enel*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 novembre 2003, p. 7; G. GALEAZZI, *Corruzione, efficienza del sistema produttivo e sviluppo economico*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 177 ss.; F. MARRELLA, *La repressione della corruzione: i codici etici e l'arbitrato internazionale*, *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 191 ss.; P. BASTIA, *L'autoregolamentazione delle aziende per il fronteggiamento della corruzione tra privati*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 213 ss.; E. CARLETTI, *La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni civili*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 229 ss.; V. CHIUSANO, *Il punto di vista delle imprese*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 243; L. MONTUSCHI, *La rilevanza della corruzione privata nel rapporto di lavoro: fattispecie ed effetti*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 253 ss.; M. BELLI, *L'art. 136 della Legge Bancaria: brevi riflessioni sui profili di diritto intertemporale*, in *La corruzione tra privati (esperienze comparatistiche e prospettive di riforma)*, Milano, 2003, p. 261 ss.

¹⁷ Esula dalle considerazioni svolte nel presente intervento l'analisi strutturale del reato di cui all'art. 2635 c.c. E' sufficiente rilevare che i fattori costitutivi della fattispecie sono rappresentati:

- dalla dazione o offerta d'utilità da parte di un terzo che si rivolge ad uno dei soggetti qualificati dell'art. 2635 c.c.;
- dalla violazione da parte di quest'ultimo dei compiti inerenti al suo ufficio;
- dalla produzione di un documento alla società in conseguenza dell'atto o dell'omissione compiuti dal soggetto qualificato in violazione ai suoi compiti funzionali.

Sono, perciò, questi i tre elementi destinati ad entrare nell'obbiettivo della rappresentazione e della volontà di entrambi i soggetti agenti.

Su questo finisce per appiattirsi la rilevanza penale del fenomeno di corruzione tra privati.

Al testo dell'art. 2635 c.c. vengono apportate talune rettifiche con riferimento:

- al novero dei *soggetti attivi*, individuati non solo negli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, sindaci, liquidatori, ma anche in colui il quale risulti sottoposto alla direzione o alla vigilanza di costoro;
- alla *condotta*, che non consiste soltanto nella violazione degli obblighi funzionali incombenti su ognuna delle figure sopra menzionate, ma anche nella violazione degli obblighi di fedeltà;
- alla *procedibilità*, che solo nell'ipotesi in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, è d'ufficio, rimanendo la procedibilità a querela nell'ipotesi in cui la conseguenza della condotta si risolva nel nocumento arrecato alla società;
- al *trattamento sanzionatorio*, nel quale alle originarie previsioni, aumentate solo quanto al minimo edittale, per l'*intraneo* infedele-corrotto e l'*estraneo* corruttore, si aggiungono, per un verso, la pena per colui il quale abbia agito nella veste di *intraneo* sottoposto alla vigilanza delle figure apicali previste nel I comma dell'art. 2635 c.c. e, per altro verso, attraverso l'inserimento della lettera *s-bis* nell'art. 25-ter del d.lgs. 231/2001, la sanzione amministrativa pecuniaria da 200 a 400 quote per l'ente giuridico, nell'ipotesi in cui il reato del soggetto operante al suo interno come figura apicale ovvero come sottoposto alla vigilanza di questa sia stato commesso nell'interesse dello stesso ente giuridico ovvero a questo abbia arrecato un vantaggio.

A onta della rubrica, la riformulazione della norma continua a non cogliere l'obiettivo della repressione della corruzione privata, nei termini indicati dalle convenzioni espresse in sede europea (in primo luogo, le Convenzioni di Merida e di Strasburgo), rimaste ancora in larga parte disattese.

Permane, infatti, la centralità dell'interesse societario rispetto al quale la stabilità e la sicurezza sociale non risultano in alcun modo valorizzate, pur costituendo i beni principalmente minacciati dal mercimonio delle funzioni, seppure inerenti all'espletamento di ufficio privato.

Il soggetto qualificato, nell'atto di ricevere l'utilità o la sua promessa da parte del terzo, deve, perciò, rappresentarsi per così dire il "senso" di tale operazione ovvero la sua valenza di "corrispettivo" per la violazione dei compiti inerenti al suo ufficio; il soggetto terzo, il quale tale utilità dia o prometta, deve parimenti rappresentarsi il significato del suo agire in funzione dell'ottenimento da parte del soggetto qualificato del "favore" di violare i suoi compiti funzionali. Per un'analisi più approfondita, si rinvia ad AAVV, *I nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione (commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190)*, Giuffrè, 2013, p. 378 e ss.

Si è lasciata la procedibilità a querela, salva l'ipotesi che “*dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi*”; solo in quest'ultimo caso, infatti, il reato diventa procedibile d'ufficio.

4.1. La perseguibilità a querela.

In conseguenza alla modifica che la legge n. 190-2012 ha operato sull'art. 2635 c.c., il reato di corruzione tra privati è soggetto ad un duplice regime di procedibilità:

- *a querela della persona offesa*, allorché la violazione degli obblighi funzionali (o degli obblighi di fedeltà) da parte di soggetto apicale ovvero di suo sottoposto operanti all'interno della società, abbia a questa arrecato nocumento;
- *d'ufficio*, se dal fatto sia derivata una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

Il correttivo apportato rischia di fare rimanere pressoché inalterato il meccanismo della procedibilità a querela, giacché si fa dipendere la procedibilità d'ufficio da un evento di dubbia definizione (sul punto, v. oltre, par. 4.3.).

La distorsione della concorrenza è, peraltro, un evento da provare, con il rischio di attivare, a discapito delle esigenze di economia processuale, un'attività giudiziaria inutile, giacché la mancanza dell'*evento-distorsione della concorrenza* rende il reato procedibile a querela

La procedibilità a querela, perciò, sembra destinata a restare l'ipotesi normale, cosicché continuano a residuare i dubbi (già emersi con riferimento all'originaria formulazione del reato di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità) circa tale tipo di soluzione.

Il ricorso alla querela segna il passo della scelta di tipo privatistico, che, tuttavia, il legislatore avrebbe ben potuto portare fino in fondo e sfugge il senso della vestizione del precetto con gli abiti del reato, salvo a ravvisarne il significato di mera facciata da valutare alla stregua di un orpello, evidentemente ritenuto sufficiente a tranquillizzare la platea dei soggetti interessati ad una tutela di tipo penale di beni istituzionali, sempre ravvisati nel settore dell'economia.

La sanzione penale per i comportamenti presi in considerazione dalle norme sopra indicate non svolge, d'altronde, la funzione general-preventiva che le è propria anche perché quei comportamenti, di norma posti in essere da soggetti qualificati, integrano sempre illeciti civili di natura contrattuale o extracontrattuale, per i quali il rischio del risarcimento del danno è ben più avvertito della sanzione penale, destinata in concreto a non essere mai applicata, seppure irrogata a seguito di una condanna¹⁸.

¹⁸ La concreta applicabilità della sanzione penale è infatti resa vana dai limiti edittali assolutamente tenui, per i quali la possibilità della prescrizione è assai elevata, la presumibile applicazione di benefici (quali la sospensione condizionale della pena), la stessa possibilità dell'intervento della remissione querela nel corso del giudizio.

Il disvalore del fatto si compie quando a seguito del mercimonio tra terzo e soggetto qualificato (*intraneo*), questi commetta atti contrari ai propri compiti funzionali cagionando nocimento alla società; rimane, perciò, poco comprensibile la ragione per la quale l'ordinamento rimetta alla persona offesa (l'ente societario) la valutazione sull'opportunità di perseguire penalmente gli autori della condotta vietata¹⁹.

È una delle incongruenze dalle quali sembra emergere in maniera decisa la dimensione essenzialmente privatistica della norma, che consente di coprire comportamenti devianti i cui effetti pregiudizievoli, peraltro, non necessariamente si esauriscono nel nocimento prodotto alla società individuata come persona offesa, ben potendo coinvolgere soggetti a questa estranei; ogni qualvolta, infatti, vi sia una collusione tra un terzo ed un soggetto qualificato della società, indotto dal primo a violazioni dei propri compiti funzionali, al nocimento della società (almeno di norma) corrisponderà un vantaggio per il terzo ed al vantaggio per il terzo è verosimile che altri soggetti estranei all'ente societario possano a loro volta subire lesione dei propri interessi economici.

È, infatti, intuitivo come un comportamento posto in essere in violazione ai compiti funzionali non ha solo una valenza d'infedeltà verso l'ente, ma esprime un disvalore più ampio, che è fonte inquinante per lo stesso corretto svolgersi delle dinamiche del mercato.

Tale ultimo aspetto, tuttavia, la norma non ha voluto considerare, ed è finito relegato dietro le quinte del palcoscenico del fenomeno corruttivo.

Cosicché, la perseguibilità a querela, se, da una parte, esprime l'esigenza di non turbare il funzionamento della società, in quanto i soci abbiano deciso di risolvere in altro modo i loro contrasti, dall'altra, accentua il rischio di creare un'area d'impunità per comportamenti potenzialmente lesivi d'interessi generali.

Sotto altro profilo la perseguibilità a querela unitamente all'individuazione in fascia alta dei soggetti attivi ovvero di soggetti sottoposti alla loro direzione o vigilanza, introduce un grosso fattore di discriminazione a seconda che il comportamento *lato sensu* infedele sia posto in essere da soggetto qualificato, per il quale si applicherà la norma speciale dell'art. 2635 c.c. ovvero da un soggetto non qualificato (ad esempio un dipendente con funzioni esecutive non sottoposto direttamente alla direzione o vigilanza delle figure apicali), per il quale dovranno trovare applicazione le ipotesi di reato comuni - truffa, appropriazione indebita...-: mentre, infatti, tali reati (se aggravati dalla circostanza di cui ai n. 4 e/o 11 dell'art. 61 c.p.) sono perseguibili d'ufficio, il reato di infedeltà contemplato dall'art. 2635 c.c. è sempre perseguibile a querela.

¹⁹ Sul punto, v. V. MILITELLO, *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa d'utilità: i soggetti attivi*, in A. GIARDA-S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari; diritto e processo*, Padova, p. 495.

Vi è poi da considerare che, seppure la norma introduca un concetto di nocumento, la cui portata appare più ampia del concetto di danno in senso stretto(sul punto, v., oltre, par. 4.2.), il titolare del bene offeso sembrerebbe essere individuato, esclusivamente nella società, alla quale conferisce espressamente il diritto di querela. La norma, infatti, prende in considerazione come elemento costitutivo del reato il nocumento prodotto alla società; il bene protetto, perciò, è tutto quanto, di pertinenza della società, risulti essere stato leso (con pregiudizio diretto o potenziale), in conseguenza del fatto del soggetto qualificato, il quale abbia agito in collusione con il terzo. È, dunque, l'ente societario che la norma vuole considerare come persona offesa.

È, peraltro, possibile che il nocumento inferto alla società produca un pregiudizio ai singoli soci. Cosicché, si pone il problema di stabilire se a costoro possa ritenersi attribuita la titolarità del diritto di querela. L'assenza di tale legittimazione comporterebbe l'esclusione del socio di minoranza da forme di tutela, che, pur nate apparentemente con il proposito di scoraggiare comportamenti non corretti da parte dei soggetti operanti in organi di gestione e controllo, si rivelano inadeguate alla protezione degli interessi di chi sia fuori dai giochi delle maggioranze. La individuazione dei soggetti attivi del reato in coloro che svolgono funzioni di amministrazione o di controllo all'interno della società (salvo che per quanto concerne i soggetti sottoposti alla loro direzione e vigilanza) renderebbe problematico l'*iter* di formazione della volontà dell'ente e della sua manifestazione circa l'esercizio del diritto di querela.

La dottrina²⁰, con particolare riferimento alle società di capitali, ha espresso, in proposito opinioni diverse.

Taluni²¹ hanno rimarcato la distinzione tra l'ipotesi dell'offesa c.d. esterna, ossia di provenienza da soggetti estranei all'organigramma societario, e l'ipotesi dell'offesa c.d. interna, ossia proveniente da soggetti interni all'organigramma societaria; hanno quindi riferito il potere di presentazione della querela, nel primo caso, all'organo titolare del potere di amministrazione e, nel secondo caso, all'assemblea, così come si verifica in materia di responsabilità civile di amministratori o sindaci. Secondo altra opinione²² anche nell'ipotesi di offesa interna non potrebbe mai venir meno la legittimazione dell'organo di amministrazione, salvo l'obbligo di astensione dell'amministratore autore dell'atto incriminato e salva, comunque, la concorrente legittimazione dell'assemblea ordinaria.

²⁰ M. ROMANO, sub *art. 120*, in M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2^a edizione, Milano 1996, p. 256; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. CONTI, I, 11^a edizione, Milano, 1999, p. 297; C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (Disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1998, p. 396; BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958.

²¹ M. ROMANO, *op. ult. cit.*; Antolisei, *op. ult. cit.*

²² PEDRAZZI, *cit.*

Altri²³ ritiene che a prescindere dalla provenienza della lesione (sia essa stata arrecata da soggetti *intranei* ovvero estranei all'ente) la legittimazione non può che essere individuata sempre dall'assemblea, che è deputata non solo a decidere se presentare la querela ma anche a designare il soggetto cui attribuire il compito di presentarla.

Nell'ipotesi del reato di corruzione tra privati, per certo, l'offesa proviene anche dall'interno della società e si tratta di provenienza preminente, giacché al di fuori dell'ente vi è solo la proposta corruttiva del terzo. È, altresì, evidente che l'assemblea abbia il potere di decisione in merito alla proposizione della querela e alla designazione del soggetto il quale debba presentarla; può, certo, tale legittimazione concorrere con la legittimazione dell'organo di gestione, per l'ipotesi che la responsabilità non sia condivisa all'interno dell'intero consiglio d'amministrazione e salva l'esclusione dell'amministratore autore del comportamento vietato.

Le dinamiche dei rapporti tra gli organi, il rapporto tra gestione e controllo, le continue fisiologiche interferenze tra di essi, la possibilità che al dolo dell'amministratore si accompagni la colpa del sindaco o viceversa appaiono tutti elementi tali da rendere assai improbabile, nel concreto, la denuncia da parte dell'organo di gestione in via autonoma.

Per le stesse ragioni apparirà assai improbabile che l'organo di sorveglianza solleciti una delibera assembleare sul punto. La stessa assemblea non sarà propensa alla deliberazione sulla presentazione della querela ogni qual volta il soggetto attivo sia lo stesso amministratore espressione della maggioranza del capitale sociale.

Non può, pertanto, non convenirsi con chi²⁴ ritiene che sarebbe stato preferibile attribuire a ciascun socio la legittimazione alla presentazione della querela, sul presupposto di individuare in ciascun socio il soggetto direttamente, indirettamente o anche solo potenzialmente offeso dal reato.

L'identificazione della persona offesa dal reato esclusivamente con la società, conduce, però, a una ingiusta compressione dei diritti degli stessi soci di minoranza; si assisterebbe ad una particolare ipotesi in cui la norma incriminatrice è diretta a funzionare a senso unico ossia *sempre in favore* di chi esprima la maggioranza del capitale sociale e, dunque, *sempre contro* coloro i quali rappresentino posizioni di minoranza.

Il problema è stato, tuttavia, in epoca recente, oggetto di approfondimento nella giurisprudenza di legittimità, seppure con riferimento al reato d'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., che prevede la procedibilità a querela della persona offesa in ragione del danno patrimoniale subito dalla società.

²³ G. BATTAGLINI, *op. ult. cit.*

²⁴ E.M. MANCUSO, *op. ult. cit.*, p. 676.

Si è sottolineato che con tale norma si è posta una tutela del patrimonio sociale, cosicché come parte lesa deve essere individuata non solo la società, ma anche e principalmente i soci della stessa che in ragione dell'infedele attività dell'amministratore subiscono un depauperamento del proprio patrimonio; al singolo socio, perciò, sembra riconoscibile il diritto di querelarsi contro il presunto responsabile dell'infedeltà proprio perché deve riconoscersi allo stesso non solo la qualifica di danneggiato del reato, ma anche quella di vera e propria persona offesa, con la conseguente possibilità della proposizione di querela ai sensi dell'art. 120 c.p.

D'altra parte, si è pure opportunamente osservato che se il legislatore ha attribuito all'unico azionista di società a responsabilità limitata profili di responsabilità specifici e peculiari correlati alla sua posizione di *dominus* assoluto, per coerenza occorre riconoscere al medesimo soggetto poteri specifici quando sia necessario difendere la società da aggressioni esterne²⁵.

Tale orientamento pare condivisibile, anche perché consente di evitare gli effetti irragionevoli che potrebbero derivare dall'opposta interpretazione incentrata sull'espressa menzione della sola società e non anche del singolo socio quale soggetto direttamente investito del potere di querela.

4.2. Il danno patrimoniale.

Per integrare il reato d'infedeltà a seguito di dazione o promessa d'utilità non è sufficiente che il terzo abbia sollecitato nell'*intraneo* la violazione ai suoi compiti funzionali; è necessario pure che tale violazione abbia prodotto un nocumento alla società. Le relazioni tra i momenti attraverso i quali matura il realizzarsi del fatto tipico, evidenziano il succedersi di un doppio nesso causale: il primo che collega la dazione o la promessa di utilità alla violazione del dovere funzionale, il secondo che collega quest'ultimo al nocumento inferto alla società. È proprio tale ultimo nesso a caratterizzare ad un tempo la portata della fattispecie incriminatrice e la volontà del legislatore.

Esso è suscettibile d'indurre una serie di considerazioni di carattere generale, giacché, come s'è detto, la presenza di un evento dannoso causalmente prodotto dalla condotta vietata, costituisce il limite al di qua del quale non vi è rilevanza penale ed il primo legame, individuato nel rapporto tra l'atto corruttivo e la violazione del dovere funzionale, perde ogni interesse sul piano della tutela penale.

Non si è voluto punire il comportamento infedele in quanto tale, ma solo quel comportamento infedele che abbia prodotto (*rectius* che sia suscettibile di produrre) un danno.

La norma penale, tuttavia, non fa impiego della parola “danno”; l'evento conseguente alla condotta e che determina il momento consumativo del reato è il “nocumento” alla società.

²⁵ In tal senso, v. Corte Cassazione, sez. 2, sentenza 24824 del 25 febbraio 2009, sez. V n. 37033 del 16 giugno 2006.

Potrebbe apparire esercizio linguistico probabilmente vano se si tentasse di discettare sulla differenza tra il termine “danno” ed il termine “nocumento”. Se ed in quanto si assuma che il legislatore utilizzi le parole come segni dei suoi propositi nella costruzione di fattispecie astratte, è, comunque, lecito interrogarsi sull'uso di un termine come quello di “nocumento”, se non lo si voglia intendere come una sorta di stravaganza o licenza letteraria.

È *nocumento* il danno economico che sia conseguito alla società dal comportamento infedele dell'*intraneo*; in tal senso, è nocumento prima di tutto la perdita che la società abbia subito in termini di privazione di ricchezza patrimoniale già precedentemente acquisita.

È, perciò, *nocumento* il c.d. danno emergente.

È nocumento anche il danno per perdita di una *chance du profit*, ovvero della conclusione di un affare, venendo in rilievo il c.d. danno da *lucro cessante*, ad esempio scaturente da un affare non concluso. Non è dubbio che il danno, nelle sue componenti economiche tipiche di danno emergente e/o di lucro cessante, sia espresso, in definitiva, dal termine “nocumento”.

È lecito chiedersi se questo individui anche altri tipi di danno.

La questione rischia di diventare di lana caprina; in effetti ogni pregiudizio, purché abbia una vocazione di tipo patrimoniale, è danno economico.

L'uso del termine *nocumento* ha probabilmente il significato di considerare di rilievo penale non solo il danno effettivo in quanto danno emergente e/o lucro cessante, ma anche il c.d. danno indiretto, che consegue ad una lesione ad un bene non suscettibile d'immediata valutazione economica. In tale prospettiva potrebbe assumere ad esempio rilievo il danno all'immagine, che la società abbia risentito per una pubblicità negativa dipesa dal fatto commesso in collusione con il terzo, da uno dei soggetti qualificati indicati nell'art. 2635 c.c. È da considerare danno indiretto ancora l'ipotesi in cui la società sia stata esposta, dal fatto del soggetto qualificato, al rischio di responsabilità contrattuale o extracontrattuale nei confronti di altri.

Probabilmente il riferimento a tali ultime ipotesi consente di tracciare una linea di demarcazione tra il concetto di danno patrimoniale ed il concetto di nocumento.

Benché entrambi si muovano, infatti, sul terreno comune del pregiudizio di tipo patrimoniale, il primo presuppone una stretta dipendenza tra atto causativo e danno economico (come ad esempio può verificarsi nell'ipotesi delittuosa dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., in cui il danno patrimoniale è il prodotto intenzionale di un atto di disposizione di beni sociali -danno emergente -), il concetto di nocumento, invece, assume una portata più ampia e generica fino ad abbracciare tutte le potenzialità economicamente pregiudizievoli (siano esse dirette, indirette o solo possibili) originate dal fatto collusivo compiuto dal soggetto qualificato con il terzo corruttore.

Il legislatore del 2002, che per primo varò la norma dell'art. 2635 c.c. (seppur diversamente intitolata) nella relazione al d.lgs. 61-2002, nella parte in cui illustrava (par. 2) l'inserimento dei reati d'infedeltà patrimoniale e d'infedeltà commessa a seguito di dazione o promessa di utilità, con riferimento a quest'ultima richiamava l'orientamento della tutela “... *in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che del solo dovere degli amministratori, trasformando la fattispecie da reato di pericolo a reato di danno...*”.

In una relazione e in una legge per nulla perspicua quanto a descrizione delle strutture delle fattispecie e a fini perseguiti (i primi commentatori, con riferimento al d.lgs. 61/2002, parlarono di un fenomeno di disnomia) non può neppure trascurarsi, nel tentativo di una ricostruzione dell'intenzione del legislatore storico, un'altra parte della relazione (il punto 5) in cui nell'affrontare l'argomento dell'“offensività” e nell'evidenziare che “*..l'intervento penale è polarizzato attorno alla tutela di interessi ben definiti..*”, questi vengono individuati non solo nel *patrimonio* e nell'*integrazione del capitale sociale*, ma anche del *regolare funzionamento degli organi sociali*.

Tale riferimento è un significativo indice circa il rilievo che il regolare funzionamento degli organi sociali costituisce un valore suscettibile di protezione; un irregolare funzionamento degli organi sociali è esso stesso una forma di *nocumento* arrecato alla società, che, per l'appunto, si esprime e vive nell'ordinamento attraverso i suoi organi, cosicché, ad esempio, una loro esautorazione, in fatto, produce l'*infarto* dell'ente, per paralisi o anomalo funzionamento del suo cuore o motore propulsivo.

Nocumento e danno, perciò, pur potendo avere un comune segmento nella “patrimonialità”, si differenziano esprimendo due entità di pregiudizio diverso; il *danno* presuppone una stretta dipendenza tra atto causativo ed evento pregiudizievole (come ad es. può verificarsi nell'ipotesi delittuosa dell'*infedeltà patrimoniale* di cui all'art. 2634 c.c., in cui il danno patrimoniale è il prodotto intenzionale di un atto di disposizione di beni sociali - danno emergente-), il concetto di *nocumento* invece assume una portata più ampia e generica fino ad abbracciare tutte le evenienze - non solo economicamente valutabili - pregiudizievoli (siano esse dirette, indirette o solo possibili) originate dal fatto collusivo compiuto dal soggetto qualificato con il terzo corruttore.

Il concetto di *danno patrimoniale*, elemento costitutivo del reato d'infedeltà patrimoniale di cui rappresenta l'evento è, di per sé, esaustivo e assorbe ogni disvalore riconducibile al conflitto d'interessi in cui ha operato l'amministratore; nella prospettiva della tutela apprestata dall'art. 2635 c.c., che si muove sul diverso piano del servizio prezzolato erogato dall'amministratore dell'ente in favore di terzi (oltre che eventualmente per se stesso) ponendosi al di là delle funzioni caratteristiche di una buona amministrazione, intesa nel senso di amministrazione normale

(esercitata dai suoi organi non solo nell'interesse dell'ente stesso ma in funzione di un rapporto di dipendenza da questo), il concetto di nocumento ben può comprendere pure la lesione inferta alla società con riguardo al suo *regolare funzionamento degli organi sociali*.

Tale interpretazione oggi trova un autorevole avallo nella sentenza sopra citata della Corte di Cassazione sez. V penale, n. 5848-2013.

Secondo tale decisione a differenza del reato d'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) che richiede l'adozione di atti di disposizione dei beni sociali, nel delitto di corruzione tra privati possono assumere rilevanza finanche condotte di mera omissione di atti dovuti; e tanto lo si può desumere dallo stesso novero dei potenziali soggetti attivi, i quali non vengono individuati soltanto in coloro che svolgono poteri gestori sui beni della società, ma anche nei soggetti estranei all'attività di amministrazione

Se, poi, una disamina della giurisprudenza, che si è misurata sui contorni definitivi del termine nocumento presente in diverse fattispecie incriminatrici, porta a escludere che esso possa assumersi a sinonimo di danno patrimoniale, sarebbe, all'opposto, fuorviante utilizzare come parametri normativi di riferimento generalizzante, norme che riferiscono il nocumento al danno esclusivamente di tipo patrimoniale. Dalla previsione, in base alla legge 262 del 2005, del grave nocumento ai risparmiatori come circostanza aggravante del delitto di false comunicazioni sociali, ad esempio, non può derivare una generale equiparazione giuridico-concettuale dei termini nocumento e danno patrimoniale. L'aggravante in questione è riferita a un effetto ulteriore di un evento di danno patrimoniale già previsto come tale da talune e non da tutte le norme di diritto penale societario.

Al contrario, una conferma che in tale ambito non si rinvengano solo reati costruiti in funzione di tutela del patrimonio sembra potersi rintracciare, come si sottolinea nella sentenza citata, in una norma di portata generale come l'art. 2640 c.c., che “...*all'evidente fine di accomunare le varie tipologie di evento contemplate dalle previsioni sanzionatorie (danno, danno patrimoniale, nocumento) e così ribadendo la possibilità di un evento penalmente rilevante ma non incisivo sull'integrità patrimoniale della società, si prendono in esame i fatti che abbiano cagionato <<un'offesa di particolare tenuità>>*” .

Nella sentenza in esame si sottolinea pure come la formulazione attuale della norma ne rafforza la lettura, in chiave per così dire *lealistica* piuttosto che *patrimonialistica*, in ragione dell'introduzione di due significativi elementi di novità:

- la previsione della *distorsione della concorrenza* nell'acquisizione di beni o servizi quale fattore che rende procedibile d'ufficio il reato, dimostra come il valore più importante

ritenuto meritevole di protezione per l'ordinamento è il pregiudizio alla fiducia piuttosto che al patrimonio;

- l'espreso riferimento (forse *ad abundantiam*) della rilevanza della *violazione di obblighi di fedeltà*, il cui inserimento se necessario in ragione dell'individuazione tra i soggetti attivi anche dei soggetti subordinati alla direzione e/o vigilanza di chi esercita in posizione apicale poteri di amministrazione e di controllo, assume, pure, il valore di una sottolineatura generalizzante -benché, forse volutamente, pleonastica-, individuando il contenuto di disvalore rilevante anche nelle deviazioni al funzionamento fisiologico dell'organizzazione societaria. I soggetti sottoposti alle figure apicali operanti nell'amministrazione e nel controllo non sono certo forniti di diretti poteri dispositivi sul patrimonio.

Di tali elementi di novità la lesione della concorrenza, però, richiede alcune considerazioni critiche.

4.3. La lesione della concorrenza.

Il fattore introdotto nell'u. comma dell'art. 2635 c.c. è l'elemento che determina la procedibilità d'ufficio.

Non è, tuttavia, elemento sufficiente e neppure necessario alla realizzazione del reato. Esso, infatti, lungi dal costituire un evento alternativo al nocumento, si aggiunge a questo. Non solo è di contenuto assai fumoso ma la sua stessa collocazione all'interno della fattispecie non pare adeguata a cogliere la rilevanza di maggiore disvalore che il suo verificarsi si ritiene possa imprimere al *fatto* corruttivo.

È possibile delineare come il diverso combinarsi dei fattori del nocumento e della distorsione della concorrenza incida sulla sussistenza-insussistenza del reato e della sua procedibilità:

- sussistenza del nocumento / insussistenza della distorsione della concorrenza = il reato è procedibile a querela;
- insussistenza del nocumento / sussistenza della distorsione della concorrenza = il reato non sussiste;
- sussistenza del nocumento + sussistenza della distorsione della concorrenza = il reato è procedibile d'ufficio.

Le alternative, tuttavia, sono destinate a complicarsi a seconda del significato da riconnettere all'espressione *distorsione della concorrenza*; non si comprende, infatti, se questa debba riguardare l'ente in cui ha operato il soggetto infedele oppure se debba (o possa anche) riguardare gli interessi di soggetti economici estranei all'ente in cui ha operato il soggetto infedele.

E, dunque, come per il reato di cui all'art. 513 c.p. torna ad affacciarsi il dilemma tra un significato in termini macro-economici, qualora si ritenga che la norma voglia tutelare l'ordinato svolgimento delle industrie e del commercio, e un significato in termini micro-economici, qualora si ritenga che la norma tuteli, invece, il diritto individuale al libero svolgimento delle attività industriali e commerciali.

In tale ultima prospettiva il diritto individuale non potrebbe essere se non quello dell'ente in cui ha operato il soggetto infedele.

Se, infatti, importasse la lesione alla libera concorrenza di un soggetto estraneo a tale ente, siccome solo il nocumento di quest'ultimo determina l'integrazione del reato, in assenza di questo la lesione alla libera concorrenza in termini macroeconomici che il patto corruttivo avesse prodotto è destinato a rimanere (verrebbe da aggiungere, paradossalmente) in un ambito d'irrelevanza penale.

Solo, perciò, la concentrazione del doppio evento (nocumento + lesione del diritto individuale al libero esercizio del commercio) nello stesso soggetto, ossia nell'ente in cui abbia operato il soggetto corrotto, può determinare l'integrale formazione della fattispecie incriminatrice procedibile d'ufficio.

L'effetto è esorbitante rispetto ai fini, giacché se il pregiudizio è tutto tarato sul medesimo soggetto privato, sembrerebbe avere poco senso scomodare una procedibilità d'ufficio per un'aggiunta di gravità del fatto suscettibile di essere valutata come non tanto diversa dal pregiudizio economico prodottosi; solo una lesione ad un bene di più generale portata, in quanto ritenuto evento alternativo di effettiva maggiore gravità avrebbe potuto giustificare il passaggio da una procedibilità a querela a una procedibilità d'ufficio.

La soluzione adottata probabilmente sconta una sorta di timidezza o incertezza nell'individuazione del bene giuridico protetto e mostra, in forma paradigmatica, come il fenomeno corruttivo tra privati avrebbe richiesto un più approfondito scrutinio degli effetti pregiudizievoli che produce nell'ordinato svolgersi delle relazioni sociali, non suscettibili di essere ridotte solo a quanto possa riguardare la singola società commerciale.

Ad attribuire alla distorsione della concorrenza un rilievo autonomo nella configurazione dell'evento sarebbe stato sufficiente considerare la prima in termini di effetto della condotta e non del fatto tipico; il legislatore, invece, individuando nella distorsione della concorrenza un effetto possibile del fatto tipico l'ha resa elemento ad esso estraneo e, perciò, neppure oggetto precipuo del dolo²⁶.

²⁶ V., in tal senso, par. 3.5. *Relazione Ufficio Massimario Cassazione, n. III/2012*, a cura di G. Andreatza e L. Pistorelli.

5. Limiti di coordinamento.

E' assai difficile perseguire il delitto di corruzione tra privati.

Non solo per le caratteristiche della procedibilità a querela, ma anche per le stesse possibilità investigative (i limiti edittali della pena non consentono l'attività di intercettazioni telefoniche e la richiesta di misure cautelari personali) e per il rischio di prescrizione, anch'esso conseguente (in mancanza di un ripensamento della disciplina della prescrizione) ai limiti di pena.

La difficoltà d'impostare indagini sulla corruzione tra privati si traduce nella perdita d'occasione per avvicinarsi alla conoscenza di comportamenti più gravi di alterazione della libera concorrenza o di soprusi in ambito economico finanziario, giacché la stessa corruzione tra privati pur come disegnata con i suoi caratteri angusti dal legislatore italiano potrebbe essere spia di fatti più gravi e/o sistemici.

Evidentemente non si è voluto fornire possibilità più penetranti.

L'impressione di fondo rimane quella della costruzione di una norma proprio perché (in base alle direttive europee) non se ne poteva fare a meno, ma la non volontà di mettere in piedi una regola penale efficace si è tradotta in scelte anemiche e disnomiche, talvolta dovendosi pure rilevare, ad esempio, strane manchevolezze di raccordo con altri reati.

E' il caso, pur rimanendo sul terreno strettamente economico, del rapporto tra l'art. 2635 c.c. e l'art. 223 della legge fallimentare.

E' la storia di un rapporto inesistente, giacché nel II co. dell'art. 223 l.f. non è menzionato l'art. 2635 c.c.

Non è di agevole comprensione tale esclusione.

A seguito della riforma dell'art. 223 l.f., gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori nonché i sindaci, i quali abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo taluni dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 c.c., sono puniti con la pena prevista dal I comma dell'art. 216 l.f.

L'art. 2635 c.c. prende in considerazione la condotta infedele di amministratori, direttori generali, liquidatori, sindaci e i soggetti sottoposti alla loro direzione o vigilanza, in quanto quella condotta abbia cagionato un nocumento alla società.

E' ben possibile che tale nocumento sia così significativo da non costituire soltanto un danno patrimoniale di rilevante gravità ma da porsi esso stesso come causa o concausa di un dissesto economico-finanziario della società.

Non si vede perché, intervenuto il fallimento di questa, il compimento del fatto previsto dall'art. 2635 c.c. (commesso da amministratori, sindaci o liquidatori) debba rimanere privo d'ogni

considerazione normativa nella costruzione della c.d. bancarotta impropria contemplata nel n. 1 del II co. dell'art. 223 l.f.

Si potrebbe ipotizzare che il legislatore nella costruzione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. avesse in mente un'ipotesi assolutamente priva di consistenza sotto il profilo dello stesso *danno criminale* provocabile alla società persona offesa; sarebbe stato impiegato il termine "nocumento" e non "danno" per rimarcare la configurazione di un fenomeno foriero di conseguenze risibili e circoscritte dalle quali certo sarebbe stato assai lontano un evento di dissesto²⁷.

Secondo altra più sostenibile prospettiva, è possibile ritenere che il legislatore abbia implicitamente considerato come nell'opinione consolidata della giurisprudenza proprio le condotte d'infedeltà di soggetti qualificati erano assunte a paradigma delle operazioni dolose prese in considerazione nell'ipotesi contemplata dal n. 2 del II co. dell'art. 223 l.f.²⁸.

Secondo la giurisprudenza, infatti, le operazioni dolose andrebbero ravvisate in qualunque atto di natura patrimoniale compiuto dall'agente con violazione dei doveri o abuso di poteri inerenti alle sue funzioni, ossia proprio nelle condotte che possono caratterizzare la fattispecie dell'art. 2635 c.c.

I dubbi, tuttavia, permangono giacché se la riconduzione nella categoria delle operazioni dolose delle condotte rilevanti ex art. 2635 c.c. rende queste ultime suscettibili d'integrare il reato di bancarotta impropria alla stregua della previsione di cui al n. 2 del II co. dell'art. 223 l.f., come interpretato dalla giurisprudenza prevalente, e spiega, pertanto, la non menzione dell'art. 2635 cc. all'interno dell'ipotesi di cui al n. 1 del II co. dell'art. 223 l.f., diventa, per converso, inspiegabile il riferimento, in tale ultima previsione, all'art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale), la cui condotta è analogamente sovrapponibile a quel tipo di comportamenti infedeli che la giurisprudenza qualificava come tipiche operazioni dolose prese in considerazione nel n. 2 del II co. dell'art. 223 l.f.

L'impianto normativo, perciò, non appare comunque appagante sotto il profilo della coerenza logica e dell'armonia d'insieme.

Anche su di un altro versante può, questa volta in termini più allarmanti, ravvisarsi una vistosa lacuna. La condotta del reato in esame, infatti, è a forma libera; ciò che la norma richiede è l'incontro di volontà tra il soggetto al quale si riconnette (in una certa misura) il potere e il soggetto che, attraverso l'offerta o la dazione di danaro o altra utilità, piega quel potere in suo favore. Benché la rubrica si riferisca all'area delle relazioni tra privati usando il termine

²⁷ Sulla nozione di nocumento in termini di categoria più generale rispetto al concetto di danno, v. *supra*, par. 4.2.

²⁸ In base a tale disposizione sono puniti con la pena prevista dall'art. 216, I co., l.f. (reclusione da tre a dieci anni) gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori di società dichiarate fallite se hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.

corruzione, il precetto sembra coprir anche il fenomeno della *concussione*. Potrebbe, infatti, essere ricondotta nella fattispecie incriminatrice l'ipotesi in cui sia l'amministratore dell'ente giuridico ad assumere l'iniziativa verso la platea dei soggetti terzi interessati al compimento di una affare inducendoli a versare una tangente per l'acquisizione di un qualsiasi tipo di commessa (ad esempio un subappalto) e il terzo soggiaccia a tale tipo di prevaricazione. In tale situazione, il reato può ritenersi commesso solo qualora l'ente giuridico, nel quale ha operato l'amministratore artefice della concussione, abbia subito un qualche nocumento.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'ente giuridico per il quale ha agito l'amministratore concussore (e, in linea astratta, infedele) non abbia risentito alcun tipo di nocumento, tutto riversatosi sui terzi esclusi dall'assegnazione del subappalto, in conseguenza del loro rifiuto al versamento del prezzo della concussione, nessun reato sembrerebbe neppure ipotizzabile in astratto; senza considerare che l'amministratore autore della concussione ben potrebbe operare in accordo con l'ente giuridico in nome e per conto del quale svolge le sue funzioni gestorie. Il che produce una situazione in cui alla pratica concussiva da parte di un ente giuridico (ad esempio, interessato alla preconstituzione di una provvista in nero da utilizzare per ulteriori attività corruttive - magari in ambito pubblico -) l'ordinamento non appresta alcun tipo di risposta sanzionatoria.

Tale considerazione consente di evidenziare un difetto nella formulazione della norma pur nell'ambito del fenomeno corruttivo limitato al mondo del mercimonio di funzioni (di amministrazione e di controllo) esercitate all'interno di una società commerciale, ossia la sfera tipicamente presa in considerazione dall'art. 2635 c.c.

6. Limiti di previsione.

Pur rimanendo nel campo di applicazione della norma limitata alle attività di commercio, economiche e finanziarie si sarebbe potuto evitare di restringere la rilevanza penale della corruzione tra privati alle società commerciali. Sarebbe, infatti, sufficiente volgere l'attenzione agli enti *no profit*, alle fondazioni, spesso coinvolte in affari economico-finanziari di tutto rilievo (le cronache descrivono scandali finanziari che coinvolgono fondazioni bancarie, fondazioni che gestiscono strutture ospedaliere private convenzionate con il sistema sanitario nazionale).

Se, peraltro, si provi a uscire dall'ambito di tutela dell'attività commerciale di cui all'art. 2635 c.c. ci si accorge che fenomeni di corruzione tra privati possono riguardare anche aree diverse in cui si rinvencono centri di potere quali possibili oggetto di mercimonio. Avrebbe potuto essere oggetto di osservazione il settore dell'intermediazione, in cui può accadere che l'intermediario serva meglio il soggetto dal quale riceve una gratificazione economica nascosta a discapito del concorrente, che nella correttezza dell'intermediario abbia errato a riporre la propria fiducia.

E, sempre a titolo esemplificativo, si prenda in considerazione quanto può avvenire nella giustizia arbitrale; si tratta di una giustizia in cui, per antonomasia, si regolano interessi di natura economica.

In un recente caso trattato da Corte di Cassazione, sezione VI penale, n. 5901-2013, era stato contestato a un consulente tecnico d'ufficio nominato in un procedimento arbitrale tra due importanti società per azioni di avere messo a disposizione la sua funzione subordinandola agli interessi di una delle società in lite, dalla quale aveva ricevuto indebiti vantaggi.

La contestazione faceva riferimento a un'ipotesi di corruzione propria ex art. 319 c.p. assumendo che il consulente tecnico d'ufficio avesse rivestito la qualità di incaricato di pubblico servizio.

La Corte, sulla base di un orientamento consolidato, aveva buon gioco a escludere la sussistenza del reato ipotizzato, sottolineando che:

- l'arbitrato ha natura privatistica e si configura come rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico (cass. civ., n. 14182 del 2002, n. 527 del 2000, n. 5527 del 2001);
- il lodo arbitrale, che costituisce una decisione per la soluzione sul piano privatistico non può in alcun modo accostarsi a un *dictum* giurisdizionale e che tale carattere è stato accentuato dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25, senza che le modifiche apportate dall'art. 819 *ter* cod.proc. civ., introdotto dal d.lvo 2 febbraio 2006, n. 40, possano condurre a una diversa linea costruttiva dell'istituto (Cass. civ., sez. 1, 13246/2011, n. 14182 del 2002);
- gli arbitri sottoscrittori del dispositivo del lodo arbitrale non hanno la veste di pubblici ufficiali autorizzati dalla legge ad attribuire pubblica fede a quella dichiarazioni (cass. civ., sez. 1, 1409/2004).

Correttamente, perciò, concludeva come fosse “*..evidente il paradosso di attribuire al consulente tecnico d'ufficio, che ha nel procedimento una mera funzione ausiliaria in un contesto privatistico, una qualificazione di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che non hanno neppure gli arbitri che l'hanno nominato. Né a tal fine giova il richiamo.. all'art. 64 c.p. il quale dispone che ai consulenti tecnici d'ufficio si applicano le disposizioni del codice penale relative ai periti e, dunque, anche l'art. 358 del c.p., inerente la qualifica di incaricato di pubblico servizio, trattandosi all'evidenza di consulenti nominati in ordinari procedimenti civili..*”.

Evidentemente è tutto giuridicamente esatto; ma proprio, per questo, allorché ci si sposta nel versante della normazione sul fenomeno corruttivo in ambito privato la giustizia arbitrale non avrebbe meritato una qualche considerazione?

7. Conclusioni.

L'introduzione nel nostro ordinamento del reato di cui all'art. 2635 c.c., pure nella rivisitazione che di esso ha operato il legislatore del 2012, può considerarsi come non più che una timida tappa di avvicinamento verso l'elaborazione di un sistema punitivo del fenomeno della corruzione in ambito privato. È, questo, fenomeno di portata assai vasta e di difficile definizione; esso, come correttamente è stato sostenuto²⁹, può, infatti, valutarsi solo nei termini negativi di mercimonio di funzioni tra soggetti privi di qualifiche pubblicistiche.

La corruzione, sia essa espressa in ambito privato sia essa espressa in ambito pubblico, ruota, comunque, attorno all'esercizio di un potere in senso lato, da intendersi come la possibilità, per un determinato soggetto, di fare qualcosa destinata a incidere sulla sfera giuridica di altri. L'esercizio di tale potere è incanalato nei binari di regole predeterminate, di carattere generale e/o speciale, poste a garanzia della correttezza nello scambio e dell'incontro delle volontà tra le parti. In una società evoluta le regole che presidiano i rapporti tra i consociati sono dettate con la finalità di consentire a tutti pari condizioni e pari opportunità di interazione. Tali esigenze, che si avvertono in ogni settore del vivere civile, assumono particolare importanza in ambito economico, il cui raggio d'azione è assai esteso, comprendendo realtà molto diverse tra loro: contrattualistica, risparmio, commercio, servizi.

La norma dell'art. 2635 c.c., limitata al particolare settore delle società commerciali, copre, evidentemente, solo uno spicchio della più vasta area (di natura privata), nella quale il fenomeno corruttivo può manifestarsi. A livello europeo gli Stati membri sono stati, del resto, più volte sollecitati ad affrontare la corruzione in ambito privato in ogni settore nel quale essa si manifesta.

Sotto tale profilo, può, intanto, affermarsi che il legislatore italiano, limitandosi a introdurre la norma sopra menzionata solo nella realtà delle società commerciali, ha recepito in minima parte le istanze espresse in seno all'Europa.

La scelta, per così dire, "riduttiva" del legislatore italiano non ha riguardato solo il terreno nel quale innestare la nuova fattispecie incriminatrice.

Pure la dimensione teleologica della norma ha finito con il rivelarsi assai più angusta rispetto alle esigenze di tutela manifestatesi in sede sopranazionale.

Cosicché, se in tale sede si è posto l'accento sugli effetti distorsivi della corruzione sullo stesso funzionamento dello Stato di diritto, sulla concorrenza, sul corretto sviluppo economico, il legislatore italiano non ha voluto proteggere altro bene se non il versante economico della

²⁹ R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *op. cit.*, p. 3.

società commerciale la quale, per effetto di un suo operatore “corrotto”, abbia subito un nocumento, rimanendo sullo sfondo un possibile pregiudizio del diritto individuale alla libertà di commercio, di difficile definizione e, che, comunque, non coglie le esigenze di effettiva tutela della concorrenza nella sua dimensione macro-economica.

La prospettiva di protezione, tutta interna all'ente societario, ha così trascurato (o continuato a trascurare) la dimensione del pregiudizio che la corruzione produce all'esterno della società commerciale, della quale l'operatore corrotto sia espressione.

Ed è anzi proprio su tale terreno che i valori generali dell'osservanza delle regole dello Stato di diritto, della libera concorrenza, del corretto sviluppo economico svolgono una funzione portante dell'organizzazione sociale.

Parafrasando un noto brocardo può affermarsi che se la libertà nella concorrenza non è eguale non può dirsi libertà; tale espressione, lungi dall'assumere la portata di uno *slogan* esprime l'essenza stessa della necessità di porre argini solidi e misure effettivamente deterrenti contro il dilagare del perseguimento, con ogni mezzo - anche non consentito-, del proprio personale interesse. L'abbandono d'una prospettiva di largo respiro nella ricerca dei valori generali da tutelare, comporta una rinuncia dello Stato alla sua funzione pedagogica e di indirizzo verso la correttezza dei comportamenti.

La struttura della norma dell'art. 2635 c.c. è, in tal senso, paradigmatica: essa esprime la volontà di punire il soggetto qualificato (individuato in fascia alta della gestione e del controllo) che, con il proprio agire corrotto, abbia arrecato un danno all'ente, di cui è parte, allo stesso tempo manifestando disinteresse punitivo se da quello stesso agire sia derivato un danno alla vasta platea di soggetti che operano fuori di quell'ente; né, almeno sotto tale prospettiva, nessun mutamento sembra poter derivare dall'individuazione, come possibile soggetto corrotto, del dipendente che svolga mansioni sotto la direzione e la sorveglianza di una delle figure di vertice

Il disinteresse, implicitamente espresso dalla norma, sugli effetti pregiudizievoli estranei all'ente, di cui l'operatore corrotto è parte, è sintomo di una particolare *filosofia* del mercato, assai lontana dall'attribuire al *rispetto delle regole del gioco* la funzione prioritaria che a tale valore compete: si può decidere di lavare i panni sporchi in seno alla stessa società ovvero di estromettere da questa il soggetto infedele, solo se costui abbia arrecato alla società un qualche nocumento, nulla importando tutto quanto di pregiudizievole quello stesso soggetto infedele abbia provocato al di fuori dell'ente in cui egli operi.

Al di là di tale regola c'è il vuoto, nel quale il pregiudizio che l'infedeltà abbia prodotto ai terzi non trova tutela diretta.

All'assenza d'intervento sugli effetti che la corruzione produce all'esterno dell'ente societario, di cui il corrotto è parte, si accompagna, d'altra parte, la *inutilità* di una previsione incriminatrice protesa alla tutela esclusiva del patrimonio, già oggetto di altre tradizionali ipotesi di reato.

Sotto altra prospettiva, l'estrema parcellizzazione delle funzioni, il collegamento dialettico tra di queste rende assai improbabile che al comportamento doloso di un soggetto non corrisponda quanto meno un comportamento distratto di altro soggetto, anch'egli inserito nel medesimo organigramma societario. Assai difficilmente, perciò, vi potrà essere propensione alla denuncia del comportamento corrotto, da parte del soggetto, il quale le conseguenze di quel comportamento avrebbe potuto evitare sol che fosse stato più attento, almeno per sottrarsi alle responsabilità per i danni colposamente non impediti. Anche tali profili, in definitiva, rendono assai labile il confine tra condotte osservanti delle regole e condotte non corrette.

La legge (seppure a presidio dei beni di tutti), in particolare nel settore dell'economia e dell'impresa, è avvertita, dai destinatari, come intrusiva e la sua operatività si vuole massimamente limitare.

La tendenza, che pure si nota nell'art. 2635 c.c., è di abbandonare l'asserzione dei principi cardine di un'etica di mercato e di rinunciare a farne precisi obbiettivi di tutela, riducendo l'area dell'intervento penale, in tale materia, a protezione di beni materiali e accuratamente evitando di imporre, ai soggetti preposti alla gestione ed anche al controllo, limiti al loro agire. La norma penale, in definitiva, è sempre di più protesa a garantire una tutela particolare, esasperatamente specialistica ed anche per questo sempre più lontana dai richiami alla responsabilità morale.

Senonché la barbarie della specializzazione ed il culto di quel che serve per fini immediati³⁰ rischia di disperdere quella sorta di sacralità insita nella norma giuridica; il precetto spogliato della sua aspirazione ad esprimere valori condivisi si riduce a regola asservita ad obbiettivi contingenti dalle dimensioni ristrette prive di aneliti al miglioramento del comportamento dell'uomo nel mondo.

Nel tentativo del superamento della timidezza del legislatore del 2002, che non se l'era sentita di introdurre un reato intitolato “*corruzione tra privati*”, il legislatore del 2012 non è andato molto oltre la modifica di nomenclatura di un reato, che non solo continua a essere ancora lontano dal coprire la corruzione nel settore privato in generale, ma che si era già rilevato di pressoché inesistente applicazione giurisprudenziale³¹.

Avrebbe dovuto costituire almeno oggetto di riflessione un dato assai semplice da rilevare: ossia che in circa dieci anni di vita del reato di “infedeltà a seguito di dazione o promessa di

³⁰ È parafrasi mutuata da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *Prefazione*, Padova, 19422, p. XI.

³¹ La prima pronuncia della Corte di Cassazione in dieci anni di vigenza della norma è la sentenza emessa da cass. pen., sez. V penale, n. 5848-2013, pres. Zecca, rel. Micheli, dep. il 6-2-2013.

utilità (vecchia rubrica dell'art. 2635 c.c.) non vi è stata alcuna elaborazione giurisprudenziale se è vero che ad oggi il primo intervento in materia da parte della Corte di legittimità è costituito dalla sentenza emessa dalla sez. V penale, n. 5848-2013, pres. Zecca, rel. Micheli, dep. il 6-2-2013.

Si tratta di un rilievo statistico assai significativo che avrebbe dovuto indurre il legislatore a intervenire con maggiore decisione, salvo a ritenere che un decennio di silenzio giurisprudenziale sul reato d'infedeltà di cui all'art. 2635 c.c. doveva essere letto come un superamento del fenomeno corruttivo tra privati. Sennonché, nella certezza sociologica contraria, il troppo rumore che attorno a tale tipo di fenomeno corruttivo in tutti questi anni si è ascoltato doveva portare all'elaborazione di contenuti normativi del tutto diversi e meno incompleti, a partire, quanto meno, da una più decisa disciplina in tema di procedibilità d'ufficio per giungere fino a una copertura più ampia degli ambiti in cui il mercimonio di poteri (anche piccoli) si manifestano pure nel settore privato e che, nonostante l'ultimo intervento legislativo, continueranno a manifestarsi indisturbati.

Nell'immediatezza dell'istituzione del nuovo Parlamento sono corse voci su nuovi interventi legislativi in tema di corruzione; in particolare, è stata annunciato un intervento sull'istituto della prescrizione e, con riferimento alla corruzione tra privati, sulla sua perseguibilità d'ufficio.

A chi, per mestiere, interpreta le norme spetta il compito di rilevarne le eventuali disarmonie rispetto agli scopi perseguiti e perseguibili. L'interpretazione, tuttavia, non è sufficiente, talvolta, all'adeguamento della norma ai problemi che la realtà pone ed è, perciò, alla disciplina normativa che spetta il compito di colmare eventuali lacune e l'interprete non può che farsi da parte.

Nella situazione storica attuale si possono solo fare due rilievi, l'uno di carattere sociologico e l'altro di carattere giuridico.

Sul primo versante non si può fare a meno di notare che il fenomeno corruttivo, soprattutto nel nostro paese, ha una cifra di elevata gravità, capace d'inquinare ogni aspetto del vivere civile. Per fronteggiarlo occorre costruire argini ben solidi e di significato non equivoco. La costruzione degli argini e il loro effettivo funzionamento sono aspetti assai importanti, attraverso i quali si misura anche il grado di colpa di chi, investito delle funzioni creative del diritto, se ne disinteressa, così non impedendo (e, dunque, consentendo) la tracimazione del problema che merita di essere disciplinato. In mancanza di argini e di linee direttrici tutto rischia di finire come nella lirica di Montale (*"Primavera hitleriana"*) in cui *"...l'acqua seguita a rodere le sponde e più nessuno è incolpevole.."*

Sul versante giuridico il rilievo da formulare si articola, in relazione alle vigenti soluzioni normative, in due proposizioni:

- la corruzione privata è fenomeno sociale più ampio del comportamento infedele dei soggetti di vertice della società causativo di pregiudizio all'ente;
- ci sarebbe bisogno di maggiore chiarezza nel messaggio assegnato al diritto penale.

Tali proposizioni sembrano potersi comporre in un'ipotesi di lavoro. Se, infatti, è plausibile individuare una linea di continuità tra corruzione pubblica e privata, quali *species* di un comportamento di genere legato alla vendita di funzioni inerenti a un centro di potere, non sarebbe peregrino individuarne una regolamentazione riconducibile a una medesima matrice; in una prospettiva di gradualità, anzi, un deciso e completo intervento sulla corruzione privata sarebbe un segnale importante attraverso il quale rafforzare nella coscienza dei cittadini l'entità del disvalore che il comportamento corruttivo esprime.

Si tratta di un passaggio di particolare rilievo soprattutto in un paese come l'Italia nel quale la cifra del fenomeno corruttivo è assai elevata e, dunque, fonte di pregiudizio economico allarmante, cosicché l'idea che esso riguardi anche (e, anzi, a cominciare da essa) la sfera privata potrebbe costituire un valido contributo del diritto penale verso quel miglioramento dei cittadini, di cui questa branca del diritto tradizionalmente si fa carico.

A tale prospettiva sarebbe funzionale la formulazione di un titolo del codice penale dedicato alla *corruzione* e una sua successiva ripartizione in capi dedicati alla *corruzione pubblica* -con le sue nozioni generali di "pubblica funzione", "pubblico servizio", "esercizio di pubblica necessità"- e *corruzione privata* - con l'introduzione della nozione generale di "centro di potere privato"-; anzi proprio quest'ultima diventerebbe la bandiera contro ogni forma di compravendita di un potere idoneo a incidere sulla sfera degli interessi dei cittadini.

Ecco perché quando si parla di corruzione tra privati merita anche di ripensare a una sua più appropriata collocazione sistematica: non è, forse, nella funzione caratteristica del diritto penale almeno una rappresentazione grafica degli argini ai comportamenti, che proprio in quanto diffusi e assunti come tossici per una convivenza civile (e, anzi, a ragione, ritenuti per questa esiziali), devono necessariamente essere corretti attraverso chiare indicazioni regolatrici?

Firenze-Roma, 17 aprile 2013

Gabriele Mazzotta