

# La Legislazione Penale

*Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani*



Anno 2024

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Pattera, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE ([www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu)) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

## CONCORRENZA VS BUON ANDAMENTO DELL'ENTE NELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI

di Pietro Chiaraviglio

*(Professore a contratto di diritto penale, Università degli Studi di Milano)*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Antefatto: l'evoluzione normativa. 2.1. (Segue): Le istanze sovranazionali di punizione della corruzione privata. – 3. Il mutamento dell'oggetto di tutela. – 4. La concorrenza come bene tutelato dalle relazioni corruttive private. – 4.1. Le modalità di tutela del bene giuridico della concorrenza nell'art. 2635 Cc. – 5. Conclusione intermedia: la corruzione privata come reato di mera disobbedienza? – 6. La corruzione privata come reato a tutela del buon andamento dell'ente. – 6.1. Le incompatibilità fra fatto tipico e tutela del bene giuridico della concorrenza. – 6.2. La tutela del rapporto di fedeltà nell'art. 2635 Cc – 6.2.1. Una conferma: l'assenza di indici di incompatibilità fra fatto tipico e la tutela del rapporto di fedeltà. – 6.3. (Segue): La tutela del rapporto di fedeltà nell'art. 2635-bis. – 6.4. Il modello della fedeltà e le fonti sovranazionali. – 6.5. La tutela della fedeltà ed il buon andamento dell'ente privato. – 6.6. Il *quomodo* della tutela. – 7. Gli esiti dell'inquadramento della corruzione privata nell'ambito del buon andamento dell'ente.

1. L'individuazione dell'oggettività giuridica della corruzione privata sconta tutte le difficoltà derivanti dal travaglio legislativo che ha riguardato l'art. 2635 Cc nel corso di poco meno di un ventennio, dal 2002 al 2019. Le varie versioni della norma incriminatrice che si sono succedute nel tempo tutelano beni giuridici tra loro piuttosto differenti e, inevitabilmente, questo mutare di oggettività giuridica ha contribuito alla stratificazione di un interesse protetto che, oggi, presenta contorni estremamente sfumati.

In questo panorama, appare utile un'indagine che si pone l'obiettivo di 'dipanare la matassa' delle metamorfosi legislative della corruzione privata per giungere all'individuazione di un bene protetto che, da un lato, sia coerente con l'attuale volto dell'art. 2635 Cc nonché con le fonti sovranazionali che ne sono state il motore evolutivo e che, dall'altro, consenta di attribuire alla corruzione privata il compito di punire comportamenti che dimostrino un'attitudine offensiva non esclusivamente

basata sull'intenzione di violare le regole di comportamento proprie del contesto imprenditoriale – o istituzionale – nel cui ambito opera il potenziale corrotto.

2. L'attuale fisionomia della norma incriminatrice contenuta nell'art. 2635 Cc è il frutto di una lunga evoluzione normativa iniziata con l. 11.4.2002 n. 61 e proseguita fino al 2019. Le modifiche che, man mano, il legislatore ha apportato all'illecito penale in esame hanno completamente trasfigurato il volto dell'originale infedeltà a seguito di dazione o di promessa di utilità trasformandola nell'attuale corruzione fra privati; allo stesso modo, l'individuazione del bene giuridico protetto ha inevitabilmente risentito dei significativi cambiamenti imposti all'art. 2635 Cc dal legislatore.

Sembra quindi opportuno dare sinteticamente conto delle caratteristiche essenziali delle varie versioni della corruzione tra privati, che saranno alla base delle riflessioni contenute nel prosieguo del presente lavoro.

L'infedeltà a seguito di dazione o di promessa di utilità, come disciplinata dalla l. 61/2002<sup>1</sup>, era una norma dedicata esclusivamente al settore dell'impresa collettiva, come desumibile dal fatto che i soggetti attivi individuati erano esclusivamente gli esponenti apicali – operanti nell'ambito della gestione (amministratori, direttori generali, liquidatori) o del controllo interno (sindaci) ovvero esterno (responsabili della revisione) – di soggetti giuridici organizzati in forma societaria.

L'elemento di fattispecie che consentiva di catalogare la norma in discussione nell'ambito del *genus* della corruzione era rappresentato dalla ricezione di un'utilità, o della sua promessa, finalizzata alla violazione di un obbligo d'ufficio da parte del soggetto attivo, tramite contegno omissivo o commissivo.

La struttura del fatto tipico era chiaramente indicativa di un reato d'evento,

---

<sup>1</sup> Sulla figura di reato di cui all'art. 2635 Cc, nella versione del 2002, v., tra gli altri, V. Militello, *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda, S. Seminara, Padova 2002, 493 ss.; P. Aldovrandi, *Art. 2635 Cc*, in *I reati societari*, a cura di A. Lanzi, A. Cadoppi, Padova 2007, 210 ss.; E. Amati, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino 2005, 433 ss.; A. Martini, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)*, in *LP 2003*, 519 ss.; E. Musco, *I nuovi reati societari*, Milano 2007, 232 ss.; C. Santoriello, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino 2003, 271 ss.; R. Zanotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano 2006, 276 ss.; N. Mazzacuva, *Gli artt. 2634 e 2635 Cc: diritto penale «simbolico» o necessaria «frammentarietà» dell'intervento punitivo*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli, L. Foffani, Milano 2003, 349 ss.; L. D. Cerqua, *La corruzione tra privati*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano 2004, 134 ss.; L. Foffani, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano 2002, 366 ss.; Id., *La «corruzione fra privati» nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in *La corruzione tra privati*, a cura di R. Acquaroli, L. Foffani, cit., 377 ss.

individuato dal legislatore del 2002 nel documento alla società derivante dall'attuazione del comportamento oggetto del *pactum sceleris*.

In ultimo, il legislatore aveva deciso di condizionare la procedibilità di questa fattispecie alla querela della persona offesa, in linea con l'impianto generale della riforma del 2002 che promuoveva una visione privatistica degli interessi generalmente protetti dai reati societari<sup>2</sup>.

Successivamente, con la l. 6.11.2012 n. 190, il legislatore ha compiuto una rivisitazione della fattispecie in esame, con interventi che, tuttavia, non hanno particolarmente influito sulla sua portata applicativa<sup>3</sup>.

Innanzitutto, si disponeva il mutamento della rubrica dell'art. 2635 Cc da «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità» a «Corruzione tra privati», intervenendo anche sul novero dei soggetti attivi del reato<sup>4</sup>: l'incriminazione veniva estesa sia all'*extraneus*-corruttore, sia agli intranei-corrotti diversi dagli apicali della società (*i.e.* coloro che sono sottoposti alla direzione e vigilanza di questi ultimi)<sup>5</sup>; nell'ottica del legislatore del 2012 – ma la situazione è rimasta immutata – la corruzione di un soggetto subordinato rappresentava un fatto di minore gravità rispetto alla corruzione di un apicale, come testimonia la decisa riduzione della cornice edittale prevista nel primo caso, rispetto al secondo.

Per quanto riguarda il fatto tipico, la l. 190/2012 aveva aggiunto la violazione degli obblighi di fedeltà – oltre che degli obblighi inerenti all'ufficio – nell'individuazione delle caratteristiche dell'atto adottato dal corrotto a seguito della ricezione dell'utilità

---

<sup>2</sup> V., *ex multis*, A. Alessandri, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *RIDPP* 2002, 1011 ss. e D. Pulitanò, *La riforma del diritto penale societario tra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *RIDPP* 2002, 939 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni penali in materia di società, consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, Bologna 2018, 516. Sulla figura di reato di cui all'art. 2635 Cc, nella versione del 2012, v., tra gli altri, S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, in *LSoc* 2013, 61 ss.; R. Bartoli, *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 435 ss.; V. Napoleoni, *Il "nuovo" delitto di corruzione tra privati*, in *LP* 2013, 669 ss.; A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, in *RIDPP* 2013, 690 ss.; A. Melchionda, *Art. 2635 Cc (Corruzione fra privati)*, in *GI* 2012, 2698 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, P. Severino, Padova 2014, 11 ss.; A. Alessandri, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *DPenCont* 2013, 3, 147; E. Dolcini, *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *DPenCont* 2013, 3, 163.

<sup>4</sup> Con la precisazione che, prima del 2012, con la l. 28.12.2005 n. 262, erano stati introdotti nel catalogo dei soggetti attivi i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e che con il d.lgs. 27.1.2010 n. 39 erano stati, invece, espunti i responsabili della revisione, previsti originariamente dalla norma incriminatrice in questione, che hanno trovato collocazione autonoma nell'art. 28 d.lgs. 27.1.2010 n. 39 (e, prima, anche nell'art. 174-ter Tuf abrogato contestualmente all'introduzione del menzionato art. 28 d.lgs. 39/2010).

<sup>5</sup> Con ciò confermando la scelta del 2002 di perimetrazione della corruzione fra privati al solo ambito societario.

illecita o dell'accettazione della promessa; invece, rimaneva invariato, rispetto alla versione del 2002, l'evento tipico, rappresentato dal documento alla società.

La l. 192/2012 era anche intervenuta sul regime di procedibilità, stabilendo che la necessità di querela fosse limitata ai fatti che non comportavano una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi, ed aveva introdotto la responsabilità da reato dell'ente per le ipotesi di corruzione attiva<sup>6</sup>.

La fattispecie di corruzione fra privati subisce una seconda e ben più radicale opera correttiva con il d.lgs. 15.3.2017 n. 38<sup>7</sup> che, in buona parte, ha delineato la figura di corruzione privata tutt'oggi in vigore<sup>8</sup>.

Innanzitutto, il legislatore del 2017 è intervenuto ampliando il catalogo dei soggetti attivi in due differenti direzioni.

Da un lato, è stata introdotta una figura intermedia fra l'apicale ed il sottoposto alla sua direzione e vigilanza, qualificato come soggetto che esercita funzioni direttive diverse da quelle di amministratori, direttori generali e liquidatori (art. 2635 co. 1, ultimo periodo Cc)<sup>9</sup>; dall'altro, si sono inclusi gli «enti privati» nel novero dei soggetti giuridici i cui esponenti possono commettere il reato in questione<sup>10</sup>.

La riforma del 2017 è profondamente intervenuta anche sul fatto tipico corruttivo.

---

<sup>6</sup> Di minore rilievo, quantomeno ai fini della presente indagine, l'inserimento di una clausola di consunzione rispetto ad un più grave reato; l'individuazione del denaro come oggetto dell'utilità corruttiva; la specificazione del fatto che l'utilità illecita può ridondare anche a favori di terzi.

<sup>7</sup> In generale sulla riforma del 2017 v. S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *DPP* 2017, 713 ss.; A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore*, in *CRIM* 2018, 450 ss.; A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati" (d.lg. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *CP* 2017, 4638 ss.; V. Militello, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, in *RTrimDPenEc* 2017, 578 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 *LSoc* 2017, 751 ss.; R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *DPP* 2017, 5 ss.

<sup>8</sup> Gli interventi normativi non direttamente rilevanti nell'ottica del presente lavoro hanno riguardato, principalmente, l'introduzione di un intermediario fra corrotto e corruttore nel catalogo dei soggetti attivi del reato e l'indicazione della misura minima della confisca per equivalente in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti.

<sup>9</sup> E cioè soggetti che rivestono qualifiche dirigenziali e che sono privi di poteri di rappresentanza dell'ente all'esterno come, ad es., il direttore finanziario o il direttore risorse umane (cfr. R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, Milano 2017, 311). Tuttavia, rimane problematica la classificazione di queste figure impiegate come soggetti diversi da coloro che sono sottoposti alla direzione ed alla vigilanza degli apicali che, in base al co. 2 dell'art. 2635 Cc sono puniti in modo meno grave rispetto agli amministratori, direttori generali e liquidatori e ai medesimi soggetti che esercitano funzioni direttive, di cui al precedente co. 1 (cfr. A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4655).

<sup>10</sup> Evidente, in questo caso, la volontà del legislatore di estendere la corruzione tra privati anche oltre il contesto delle società commerciali; coerentemente, è stata modificata anche la rubrica del Titolo XI del Libro V del Codice civile. Sull'ampiezza del concetto di ente privato v., per tutti, S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 716 ss.

In primo luogo, compare la condotta di mera sollecitazione dell'utilità corruttiva da parte dell'intraneo e di offerta da parte del corruttore; contestualmente, il legislatore ha tipizzato la istigazione alla corruzione privata da parte dell'*extraneus* (art. 2635-bis co. 1 Cc) o dell'esponente della società o dell'ente privato (art. 2635-bis co. 2 Cc)<sup>11</sup>. Inoltre, il legislatore ha espunto dal fatto tipico l'evento del reato, così generando una significativa anticipazione della tutela, testimoniata anche dal fatto che il contegno antidoveroso del corrotto (in violazione degli obblighi di ufficio o di lealtà) cessava di essere un requisito della condotta e trasmigrava nell'ambito del dolo specifico<sup>12</sup>.

Inoltre, le modifiche del 2017 riguardavano anche la previsione di un particolare regime per le pene accessorie interdittive destinato ai soli fatti di corruzione degli apicali o di coloro che esercitano funzioni direttive (art. 2635-ter Cc).

Il legislatore del d.lgs. 38/2017 non ha ritenuto di intervenire sul regime di procedibilità del reato; di conseguenza la punibilità a querela, salve le ipotesi di distorsione della concorrenza, è stata prevista anche per le nuove figure di istigazione alla corruzione tra privati di cui all'art. 2635-bis Cc.

Questo aspetto cambia radicalmente con la l. 9.1.2019 n. 3<sup>13</sup>, che rende sempre procedibile d'ufficio sia la corruzione tra privati di cui all'art. 2635 Cc sia l'istigazione alla corruzione fra privati *ex art. 2635-bis Cc*.

2.1. È noto che i numerosi cambiamenti all'art. 2635 Cc sopra cursoriamente evocati sono il frutto di un lento percorso di adattamento della legislazione nazionale alle fonti sovranazionali.

L'introduzione, nel 2002, della primigenia versione di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità rispondeva alle sollecitazioni derivanti dall'Azione comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato, strumento di «terzo pilastro» adottato dal Consiglio dell'Unione europea il 22.12.1998, e dalla Convenzione penale sulla

---

<sup>11</sup> Per il problematico rapporto tra le condotte di sollecitazione ed offerta dell'art. 2635 Cc e quelle di istigazione alla corruzione privata dell'art. 2635-bis Cc, v. *infra* par. 6.3.

<sup>12</sup> V., ad es., E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino 2018, 355 ss. e A. Rossi, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati*, cit., 764. Secondo una autorevole voce dottrinale, il dolo specifico di violazione dei doveri o della lealtà riguarderebbe solo in capo all'*extraneus*, mentre per l'intraneo sarebbe sufficiente la rappresentazione del finalismo della propria sollecitazione o della promessa o dazione del corruttore (v. S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 722).

<sup>13</sup> Sulle innovazioni della l. 3/2019 in tema di corruzione fra privati v., ad es., S. Seminara, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, in *DPP* 2019, 597 ss., V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.5.2019, 292 e M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *CP* 2019, 59 ss.

corruzione del Consiglio d'Europa, datata 27.1.1999<sup>14</sup>.

Poco dopo la novella legislativa interna, l'Azione comune 98/742/GAI è stata sostituita dalla Decisione quadro 2003/568/GAI e alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa si è affiancata la Convenzione di Merida sulla corruzione del 31.10.2003 (ratificata con l. 3.1.2009 n. 116).

In estrema sintesi, limitandoci alle fonti europee, si richiedeva l'incriminazione della corruzione privata sia in forma attiva, sia in forma passiva, individuate, rispettivamente:

- nella promessa, offerta o concessione, anche tramite intermediario, di un qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per altri, a qualsiasi soggetto che dirige un ente privato o che vi lavora affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei suoi doveri<sup>15</sup>;
- nella condotta di chi, dirigendo un ente privato o lavorandovi, sollecita o riceve, anche tramite intermediario, un qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, per compiere o astenersi dal compiere un atto in violazione dei suoi doveri<sup>16</sup>;

Appare abbastanza agevole notare che, nell'ottica sovranazionale, la corruzione privata presenta caratteristiche affini a quella pubblica, ritenendosi meritevole di pena la compravendita di atti contrari ai doveri imposti dalla funzione svolta dal soggetto qualificato (in altri termini: il «mercanteggiamento dell'ufficio»<sup>17</sup>); contemporaneamente, la corruzione privata di stampo europeo si discosta dal modello di corruzione pubblica consolidato nella tradizione italiana, ove si richiede che la proposta e l'accettazione diano vita al sinallagma corruttivo, privilegiando, invece, una visione unilaterale delle condotte del corrotto e del corruttore<sup>18</sup>.

Lo spettro di repressione così individuato era solo parzialmente coperto dall'art. 2635 Cc nella versione del 2002, tant'è che il tasso di recepimento in Italia delle istanze

---

<sup>14</sup> Cfr., fra gli altri, L. Foffani, *Art. 2635 cod. civ.*, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova 2007, 2533 ss.; E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 232 ss.

<sup>15</sup> La formula riportata nel corpo del testo rappresenta un tentativo di crasi fra l'art. 7 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27.1.1999 e l'art. 2 par. 1 lett. a) della Decisione quadro 2003/568/GAI.

<sup>16</sup> Anche in questo caso nel corpo del testo si è cercato di ridurre ad unità le due formule (peraltro molto simili) dell'art. 8 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27.1.1999 e dell'art. 2 par. 1 lett. b) della Decisione quadro 2003/568/GAI.

<sup>17</sup> A. Spena, *Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata*, in *RTrimDPenEc* 2018, 645.

<sup>18</sup> V., nuovamente, A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 648 ss. (che precisa che la necessaria compresenza delle condotte di corrotto e corruttore non determina l'insorgenza di un reato a concorso necessario) e E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 31 ss. (che, invece, qualifica la corruzione pubblica come reato a concorso necessario, sulla scorta della prevalente dottrina *ivi* citata alla nota 40).

sovrnazionali concernenti la corruzione privata è stato giudicato ampiamente insoddisfacente da due organismi sovranazionali a ciò predisposti<sup>19</sup>.

Desta qualche perplessità, quindi, il fatto che la riforma del 2012 abbia avuto un modesto impatto sulla fisionomia della corruzione privata<sup>20</sup>, lasciando aperti diversi punti di contrasto con la normativa sovranazionale, rapidamente individuati dal GRECO<sup>21</sup> e dalla Commissione europea. Quest'ultima, dopo un'ulteriore relazione negativa<sup>22</sup>, aveva avviato la procedura EU-Pilot n. 8175/15/HOME<sup>23</sup> tramite la quale si contestava allo Stato italiano di non aver mai comunicato le misure di recepimento della Decisione quadro 2003/568/GAI, preannunciando che l'assenza di comunicazioni circa il recepimento totale della decisione quadro avrebbe potuto comportare l'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

---

<sup>19</sup> In particolare, il GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione, istituito in seno al Consiglio d'Europa nel 1999) nel Terzo ciclo di valutazione del 2012 aveva individuato come non conformità (par. 109 ss.): la limitazione della soggettività del reato agli esponenti apicali di società commerciali (invece di qualsiasi soggetto che vi lavora); il mancato riferimento ad un terzo intermediatore della tangente; la mancanza delle condotte unilaterali di offerta o richiesta della tangente; la presenza di un danno a carico della società (assente nella Convenzione penale del Consiglio d'Europa) e la perseguibilità a querela del fatto. Invece, la Commissione europea, nella sua Relazione del 6.6.2011 sull'adozione della Decisione quadro 2003/568/GAI ha rilevato le seguenti mancanze, per quanto riguarda la corruzione attiva: non si contempla l'offerta di un indebito vantaggio, si omettono gli intermediari e le persone che lavorano nel settore privato e si trascurano il riferimento a qualsiasi parte terza quale destinataria dell'indebito vantaggio; per quanto riguarda la corruzione passiva: non si contemplano gli intermediari; si trascurano il riferimento a un terzo quale destinatario dell'indebito vantaggio e si omette sia l'aggettivo "lavorativo" in relazione alle funzioni del soggetto *intraeius*, sia il verbo "sollecitare" presente nella descrizione della condotta tipica. Inoltre, la Commissione lamentava l'assenza di responsabilizzazione della persona giuridica. Sulle critiche mosse in sede internazionale alla legislazione italiana del 2002 in materia di corruzione fra privati v. M. Montanari, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in [www.penalecontemporano.it](http://www.penalecontemporano.it), 1.7.2012, 18 ss. I rapporti del GRECO sono disponibili all'indirizzo [www.coe.int/en/web/greco/evaluations/italy](http://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/italy), mentre la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, relativa alla Decisione quadro 2003/568/GAI del consiglio, del 22.7.2003, sulla lotta contro la corruzione nel settore privato (6.6.2011) è reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0309:FIN:IT:PDF>.

<sup>20</sup> V., ad es., A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 705 e R. Bartoli, *Corruzione tra privati*, cit., 442.

<sup>21</sup> V. il primo *Compliance Report* relativo al Terzo ciclo di valutazione, del 20.6.2014, par. 23 (reperibile all'indirizzo indicato alla nota 19) che stigmatizza, ad es., l'assenza di criminalizzazione della mera offerta o richiesta della tangente; la corruzione in via mediata e l'assenza di procedibilità d'ufficio. Sul punto cfr. M. Montanari, *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, in [www.penalecontemporano.it](http://www.penalecontemporano.it), 9.10.2014, 3 ss.

<sup>22</sup> Allegato 12 alla Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3.2.2014, 14 ss., reperibile all'indirizzo [http://trasparenza.formez.it/sites/all/files/rapporto\\_ue\\_anticorruzione\\_italia\\_o.pdf](http://trasparenza.formez.it/sites/all/files/rapporto_ue_anticorruzione_italia_o.pdf). In argomento v. S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 715.

<sup>23</sup> Sulla quale v. le *Schede di lettura sulla Legge di delegazione europea 2015*, a cura del Servizio studi del Senato, 137 (reperibile al seguente indirizzo: [www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/o/970633/index.html?part=dossier\\_dossier1-sezione\\_sezione1](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/o/970633/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione1))

Simile eventualità non si è verificata in virtù della riforma del 2017 che, per l'appunto, trova origine nella legge di delegazione europea del 2015 (l. 12.8.2016 n. 170).

L'art. 2635 Cc, nella versione profondamente rivista del 2017, appare maggiormente rispettoso delle indicazioni sovranazionali<sup>24</sup>. Tuttavia, anche rispetto a quella rinnovata figura di reato permaneva quantomeno un rilevante fattore di scollamento rispetto al modello di corruzione privata di stampo europeo: la perseguibilità a querela, sebbene limitatamente ai fatti inidonei a generare un'alterazione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi<sup>25</sup>.

Anche questa difformità, come si è visto, viene eliminata con la l. 3/2019, rendendo la disciplina italiana maggiormente conforme alla normativa sovranazionale<sup>26</sup>.

Tuttavia, come è stato osservato<sup>27</sup>, alcuni aspetti del sistema interno di repressione della corruzione fra privati continuano a presentare profili di attrito con la Decisione quadro 2003/568/GAI e con Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999.

In primo luogo, la soggettività giuridica dell'art. 2635 Cc esclude coloro che svolgono attività lavorativa in assenza di una anche solo minima sottoposizione alla direzione od alla vigilanza dei soggetti apicali dell'ente (ad es. i consulenti esterni<sup>28</sup>), mentre la Convenzione penale sulla corruzione e la Decisione quadro richiedono la criminalizzazione in relazione a soggetti che *lavorano in un ente privato* (artt. 7 e 8 della Convenzione) o che *svolgono funzioni lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato* (art. 2 della Decisione quadro)<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> In questo senso v., ad es., R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, in *Diritto e procedura penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. Luparia, Milano 2022, 625 ss. e R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 8 ss.

<sup>25</sup> Rilevato dal GRECO nell'Addendum al secondo *Compliance Report* relativo al Terzo ciclo di valutazione, del 18.6.2018 (reperibile all'indirizzo indicato alla nota 19); sul punto 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 [www.penalecontemporano.it](http://www.penalecontemporano.it), 10.7.2018.

<sup>26</sup> In particolare, alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, come testimoniato dal GRECO nel Secondo Addendum al secondo *Compliance Report* relativo al Terzo ciclo di valutazione, del 12.12.2019 (reperibile all'indirizzo indicato alla nota 19) nel quale si afferma esplicitamente che «GRECO is pleased to note the action taken by Italy to fully align the offence of bribery in the private sector with the requirements the Criminal Law Convention on Corruption» (par. 24). Anche se, come si vedrà immediatamente nel corpo del testo, l'affermazione del GRECO non pare completamente condivisibile.

<sup>27</sup> S. Seminara, *Indebita percezione di erogazioni*, cit., 598 ss.

<sup>28</sup> In generale tutti i soggetti in cui il rapporto contrattuale non impone alcun vincolo di controllo da parte di intranei dell'ente; v. S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati societari*, Torino 2021, 137.

<sup>29</sup> Con la differenza che ai sensi della Convenzione l'ente privato deve svolgere un'attività commerciale, mentre l'entità del settore privato evocata dalla Decisione quadro può essere indifferentemente a scopo di lucro o senza scopo di lucro.

In secondo luogo, la previsione delle sanzioni interdittive di cui all'art. 32-bis Cp, in via obbligatoria (*i.e.* anche in caso di condanna inferiore al limite di cui all'art. 32-bis co. 2 Cp) ed in caso di recidiva, contenuta nell'art. 2635-ter Cc riguarda solo la corruzione passiva, mentre l'art. 4 par. 3 della Decisione quadro, non distingue fra corruzione attiva o passiva nel richiedere l'interdizione<sup>30</sup>.

Infine, l'ordinamento italiano prevede la responsabilizzazione dell'ente per la sola corruzione attiva (art. 25-ter lett. s-bis) d.lgs. 231/2001), mentre l'art. 6 della Decisione quadro contempla anche la corruzione passiva.

In conclusione, non ostante le discrepanze sopra rilevate, sembra possibile rimarcare come il lungo cammino legislativo di adattamento dell'art. 2635 Cc abbia portato ad un livello accettabile di adeguatezza dell'ordinamento nazionale rispetto agli *input* sovranazionali di repressione della corruzione privata. Tuttavia, nel raggiungimento di questo obiettivo il legislatore italiano ha disegnato una fattispecie di reato che non solo sugella un cambio dei modelli di tutela consolidati – abbandonando quello basato sull'evento per adottare un paradigma fondato su una visione della corruzione privata comparabile a quella degli artt. 319 ss. Cp – ma che presenta anche diversi profili di problematicità<sup>31</sup>, *in primis* l'individuazione del bene giuridico protetto.

3. Se, come pare corretto, l'identificazione dell'oggetto giuridico deve avvenire tramite un procedimento che parte dall'analisi delle peculiarità della norma incriminatrice per arrivare all'individuazione del bene protetto<sup>32</sup>, nel caso della corruzione tra privati il compito dell'interprete è apparso sempre più incerto, ma mano che si sono susseguite le varie versioni dell'art. 2635 Cc.

In relazione alla fattispecie di infedeltà a seguito di promessa o di dazione di utilità introdotta dalla l. 61/2002, la presenza di un evento di danno, qualificato come

---

<sup>30</sup> Ma limita il proprio campo di applicazione agli enti che svolgono attività commerciale.

<sup>31</sup> Cfr. A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 653 ss. e A. Melchionda, *La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5.12.2019, 57 ss.

<sup>32</sup> Cfr. F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 6 ss.; 141 ss. e 185 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 535 ss.; F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2023, 203 ss.; di recente ribadisce la necessità di questa impostazione nel diverso settore dei reati della liquidazione giudiziale A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, IV, *Reati nelle procedure concorsuali*, Torino 2023, 53.

documento<sup>33</sup>, e la perseguibilità a querela hanno fatto propendere la dottrina prevalente per l'individuazione del bene protetto in un interesse patrimoniale della società cui appartiene l'apicale infedele<sup>34</sup>. Del resto, quella norma incriminatrice, rappresentando una forma di infedeltà patrimoniale qualificata dalla corruzione<sup>35</sup>, non poteva che condividere l'oggettività giuridica con il reato previsto dall'art. 2634 Cc.

Le modifiche al volto della corruzione privata successivamente portate dal legislatore della l. 190/2012 non appaiono idonee a determinare un mutamento dell'oggettività giuridica rispetto alla previgente infedeltà a seguito di promessa o di dazione di utilità.

Non lo sono, *in primis*, l'estensione del catalogo dei soggetti attivi al corruttore *extraneus* ed ai corrotti non apicali poiché simile modifica non incide sulla struttura delle condotte tipiche e dell'evento dannoso, che non muta rispetto al 2002.

Del pari, anche l'aggiunta della violazione dell'obbligo di fedeltà – peraltro di difficile inquadramento pratico<sup>36</sup> – accanto agli obblighi scaturenti dai doveri di ufficio non pare togliere o aggiungere molto alla fisionomia lesiva della fattispecie previgente.

Un discorso differente vale, invece, per l'introduzione di una specifica ipotesi di

---

<sup>33</sup> L'evento in senso naturalistico, seguendo la migliore dottrina, rappresenta l'equivalente fenomenico dell'offesa al bene giuridico; v. G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 536 ss. Secondo l'opinione prevalente, la nozione di documento conteneva quella di danno patrimoniale e si estendeva anche ad altri pregiudizi, purché suscettibili di valutazione economica (ad es. il danno all'immagine); v., in questi termini, A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati*, cit., 443; Cass. 6.2.2013 n. 5848, in *italgiure.giustizia.it* e Cass. 7.7.2014 n. 29605, in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>34</sup> V. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 522; C. Santoriello, *La tutela del patrimonio societario*, in *La disciplina penale dell'economia. Società, fallimento, finanza*, a cura di C. Santoriello, Torino 2008, I, 191; P. Aldovrandi, *Art. 2635 Cc*, cit., 212; E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 237 ss.; L. Foffani, *Le infedeltà*, cit., 371. Nel senso che la norma tutelasse l'interesse privatistico della società alla fedeltà degli organi di gestione e di controllo v. L. D. Cerqua, *Il nuovo reato di corruzione privata*, in *IF*, 2003, 2145.

<sup>35</sup> V. E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 295 che esprime forte perplessità su un assetto in cui l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità invece di rappresentare una forma di tutela avanzata dell'infedeltà patrimoniale, si poneva come ipotesi sostanzialmente speciale, ma con pena minore rispetto alla fattispecie base (salvo che per le società quotate). Per una differente ricostruzione dei rapporti fra l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità e l'art. 2634 Cc v. C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009, 404 ss.

<sup>36</sup> La necessità di distinguere l'obbligo di fedeltà dal dovere d'ufficio (pena l'*interpretatio abrogans* della formula aggiunta proprio con la l. 192/2012) e di delimitare la genericità della formula normativa ha portato la dottrina a ritenere che il primo riguardi l'intraneo che risulta sottoposto alla direzione ed alla vigilanza degli apicali (che rispondono per la violazione di un dovere d'ufficio) e che il contenuto dell'obbligo di fedeltà sia ricavabile dall'art. 2105 Cc, come estensivamente interpretato dalla giurisprudenza, senza che, però, vi siano significative differenze rispetto quanto già identificabile come violazione dei doveri di ufficio; v. S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 138 e Di Vizio, *La corruzione tra privati: lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra la lealtà all'ente ed il funzionamento meritocratico del mercato*, in *www.discrimen.it*, 10.12.2018, 21 ss. In argomento v. anche il successivo par. 6.1.

procedibilità d'ufficio.

In questo caso, una lettura della norma identificava l'intero fatto tipico di corruzione privata come antecedente causale dell'evento distorsione della concorrenza<sup>37</sup>, con quest'ultimo elemento che, sebbene relegato nell'ambito della punibilità, realizzava una menzione espressa dell'interesse protetto da parte del legislatore<sup>38</sup>. In tal modo, si individuava una sorta di plurioffensività dell'illecito: l'interesse patrimoniale dell'ente e, contestualmente, l'interesse ad un corretto svolgimento delle regole della concorrenza<sup>39</sup>.

Tuttavia, come è stato condivisibilmente osservato<sup>40</sup>, pur in presenza di una lesione della concorrenza l'accordo corruttivo non poteva rientrare nella tipicità dell'art. 2635 Cc, nella versione del 2012, in assenza dell'evento di nocimento all'ente; di conseguenza, il bene giuridico tutelato era da ricercarsi solo nell'evento tipico, univocamente indicativo della protezione di un interesse patrimoniale dell'ente cui fa capo il corrotto<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Nel senso che la distorsione della concorrenza sarebbe da qualificare come evento ulteriore v. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione intitolata *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, redattori G. Andreazza e L. Pistorelli, 15.11.2002, 18 ss., in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20.11.2012; R. Bricchetti, *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *GD*, 2012, 48, inserto n. 13, 34 ss.; D. Pulitanò, *La novella in materia di corruzione*, in *CP*, 2012, 12, supp., 15 ss.; D. Brunelli, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5.12.2012, 23); secondo altri la concorrenza, qualificandosi come qualità degli scambi sul mercato, non è un fenomeno suscettibile di riscontro empirico (ad es. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 537 ss.); in quest'ottica, nella vigenza della l. 190/2012, è stato ritenuto che ogni corruzione privata relativa all'acquisizione di beni e di servizi impattasse inevitabilmente sulla concorrenza v. S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 66 ss. e M. Scoletta, *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma sul sistema del d.lgs. n. 231/2001*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, cit., 479 ss. Ad ogni modo, l'introduzione nel 2017 dell'art. 2635-bis Cc, procedibile in ogni caso a querela di parte, ha suggerito che effettivamente la distorsione della concorrenza potesse essere qualificata come evento ulteriore (strutturalmente assente nella forma tentata cui è riconducibile l'istigazione alla corruzione privata); v. S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 726. Per una visione differente (doppio evento alternativo: nocimento alla società o alterazione della concorrenza), v. A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 712 ss.

<sup>38</sup> V., nuovamente, G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 535 ss.

<sup>39</sup> Cfr. A. Habukar Hayo, *La questione del carattere patrimoniale dell'offesa nella fattispecie di corruzione tra privati ex art. 2635 cc*, in un breve excursus della recente legislazione, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 9.6.2021, 13 e A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4642. In termini maggiormente sfumati v. A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati*, cit., 447 ss.

<sup>40</sup> V. S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 66 e 68 e F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 522 nonché *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, cit., 19 ss. e F. Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *DPenCont* 2012, 1, 229.

<sup>41</sup> Con ciò risultando criticabile la tesi sostenuta dai primi due Autori citati alla nota 39, secondo cui un danno all'ente comporta inevitabilmente una distorsione della concorrenza. Al contrario, si possono ipotizzare

In definitiva, in assenza di incontrovertibili indicatori di segno diverso, la presenza del requisito espresso del nocumento alla società derivante dal compimento dell'atto compravenduto deponeva nel senso della perdurante tutela di un bene di stampo patrimoniale, appartenente all'ente sacrificato dalla condotta attiva o omissiva dell'intraneo corrotto<sup>42</sup>.

Il problema dell'esatta individuazione dell'oggetto giuridico della corruzione fra privati si è acuito con la riforma del 2017, particolarmente significativa nel delineare una discontinuità rispetto al fatto tipico precedentemente disegnato dal legislatore.

In particolare, due sono gli elementi di novità che possono rilevare sull'oggettività giuridica dell'art. 2635 Cc post d.lgs. 38/2017: la scomparsa dell'evento di nocumento e della condotta di compimento o omissione di atti in esecuzione del *pactum sceleris*, con correlativa anticipazione della soglia di rilevanza penale al mero accordo, o addirittura, all'offerta o sollecitazione del compenso indebito.

Secondo una avveduta voce dottrinale, l'art. 2635 Cc così riformato, puniva «l'accordo corruttivo a prescindere dalle conseguenze che ne derivavano e dallo stesso compimento dell'atto indebito da parte dell'*intraneus*. La resezione di ogni tipo di danno di carattere individuale e patrimoniale dall'orizzonte della tipicità è certamente indice estremamente significativo, soprattutto con riferimento al tipo di tutela penale apprestata, piuttosto che all'oggetto della stessa. Il *minus* della tipicità non corrisponde infatti, ad un *aliud* da punto di vista degli interessi protetti, implicando semplicemente l'anticipazione dell'intervento criminale»<sup>43</sup>.

Non vi sono dubbi sul fatto che, in generale, l'anticipazione della rilevanza penale di una fattispecie segni una importante discontinuità nel tipo tutela, ma non

---

situazioni di danno dell'ente in assenza di riflessi concorrenziali (ad es. si paga l'amministratore della società concorrente per cessare la fornitura ad un grosso cliente, con lo scopo di fornire a quest'ultimo soggetto i medesimi beni allo stesso prezzo, in sostituzione del fornitore cessato); nel senso qui sostenuto v. R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 7. Ovviamente, l'impostazione seguita nel corpo del testo sarebbe erranea partendo dalla tesi del doppio evento alternativo (v. nota 37); tuttavia, come evidenziato dallo stesso Autore che l'ha proposta, questa ricostruzione possedeva il vantaggio di consentire una maggiore effettività della norma incriminatrice, ma risultava contraria al dato letterale.

<sup>42</sup> V., oltre agli Autori citati alla nota 40, A. Melchionda, *Art. 2635 Cc*, cit., 2700; R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, cit., 634. Per una visione differente, che intravede nella fattispecie di corruzione fra privati del 2012 una natura plurioffensiva (patrimonio dell'ente, ma anche la credibilità del *management* societario, la salvaguardia delle funzioni di controllo e certificazione e regolarità del bilancio e degli altri documenti contabili societari, ecc.) v., E.M. Ambrosetti - E. Mezzetti - M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2016, 220. Secondo altre voci, la norma in discussione offrirebbe la tutela congiunta del patrimonio dell'ente e del rapporto fiduciario tra l'amministratore e la società (S. Faiella, *La corruzione tra privati*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale dell'economia*, Milano 2017, I, 268).

<sup>43</sup> F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 522.

necessariamente nel bene protetto: con la criminalizzazione del mero accordo il legislatore sceglie di sanzionare condotte che comportano il solo pericolo rispetto all'interesse tutelato che, per ciò solo, non muta la sua identità.

Tuttavia, nel caso della corruzione privata il legislatore ha rimosso dai requisiti di fattispecie anche l'evento di danno, che, come si è detto, rappresentava l'elemento strutturale idoneo ad individuare il bene protetto nell'interesse patrimoniale dell'ente.

Di conseguenza, dopo le modifiche del 2017 al fatto tipico dell'art. 2635 Cc è venuto meno un elemento di fattispecie *ictu oculi* identificativo del bene cui si riferisce l'anticipazione di tutela da danno a pericolo; in altri termini, la rimozione dell'evento di nocumento ha comportato una rimodulazione del volto dell'illecito anche dal punto di vista del bene tutelato, fermo restando che la nuova norma si discostava da quella precedente per un'anticipazione della soglia di rilevanza penale, non richiedendosi più l'attuazione dell'accordo corruttivo.

L'espunzione dell'interesse patrimoniale dall'oggettività giuridica dell'art. 2635 Cc ha portato parte della dottrina<sup>44</sup> a rilevare un completo passaggio dal modello di tutela patrimonialistico ad uno che – con espressione poco aggraziata – viene definito lealistico<sup>45</sup>, così individuato sulla base di alcuni indici, tra cui la centralità della violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà nel fatto tipico.

Per contro, altre voci dottrinali hanno intravisto nella modifica legislativa un'apertura verso una tutela di interessi sovraindividuali, riferibili alla lesione della concorrenza, pur restando dominante la tutela della fedeltà del mandatario rispetto all'ente di appartenenza<sup>46</sup>.

Come si è visto, a favore di questa tesi militava, tra l'altro, la particolare valorizzazione quale indicatore di offensività della disposizione sulla procedibilità officiosa di cui al co. quinto dell'art. 2635 Cc, specialmente dopo l'eliminazione del requisito del nocumento all'ente.

Tuttavia, il fatto che si richiedesse generalmente una procedibilità a querela per le

---

<sup>44</sup> E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 321 ss.

<sup>45</sup> Ove il contenuto di disvalore dell'infedeltà privata risiede nella rottura del rapporto di fedeltà che deve legare l'intraneus all'ente; sui vari modelli di incriminazione della corruzione privata v. A. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *RTrimDPenEc 2007*, 815 ss.

<sup>46</sup> V. Militello, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., 592; A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 667 ss.; S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 724; cfr. anche A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4661; A. Rossi, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati*, cit., 754. Secondo un'Aurice, il fuoco di tutela si pone a monte della distorsione delle regole del mercato ed è rappresentato dalla mera fiducia della collettività nel rispetto delle regole del mercato (E. Venafro, *Il nuovo reato di istigazione alla corruzione privata come fattispecie attenuata dell'art. 2635 cc*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 19.10.2018, 17).

condotte che non producevano una distorsione della concorrenza sembra suggerire che quest'ultima fosse solo un bene eventualmente leso<sup>47</sup> e che, quantomeno in questi casi, la natura dell'interesse protetto fosse esclusivamente privatistica, data la disponibilità dell'azione penale in capo al danneggiato.

Come è noto la l. 3/2019 ha abrogato sia il quinto co. dell'art. 2635 Cc sia il terzo co. dell'art. 2635-ter Cc, rendendo tutte le ipotesi di corruzione tra privati perseguibili d'ufficio.

Questa modifica al regime di procedibilità appare di particolare interesse perché rende inattuale l'argomento della presenza della procedibilità a querela per negare una dimensione concorrenziale di tutela dell'art. 2635 Cc.

Come è stato autorevolmente affermato: «il previgente testo dell'art. 2635 c.c. si poneva in una prospettiva equivoca e financo contraddittoria: la gradazione della misura della pena per apicali e sottoposti e la perseguibilità a querela evocavano il modello lealístico, mentre la procedibilità di ufficio in caso di distorsione della concorrenza accreditava il modello pubblicistico (...). [Con la riforma del 2019 è] caduto il più importante tassello a favore dell'inquadramento privatistico di tale delitto, il cui raggio di tutela ora supera, dunque, l'orizzonte societario e per necessità logica si attesta sulla tutela di un bene di rilevanza collettiva, da individuarsi nella concorrenza economica o nell'ordinato svolgimento degli affari»<sup>48</sup>.

Tuttavia, nonostante il venir meno della necessità di querela, non mancano voci dottrinali che continuano ad esprimersi individuando nella violazione degli obblighi di fedeltà dell'agente nei confronti del c.d. principale<sup>49</sup> il fulcro della tutela dell'art.

---

<sup>47</sup> In questo senso v. A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati*, cit., 453 ss. che identifica la c.d. variante concorrenziale della corruzione privata nella fattispecie in cui l'*intraneus* da esecuzione all'accordo corruttivo, rilevando che il mero *pactum sceleris* cui non segue alcun comportamento dell'intraneo – e, a *fortiori*, l'ipotesi di mera sollecitazione o offerta – non è idoneo ad influire sul corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali per assenza di un substrato materiale che possa veicolare la distorsione nella condizione di acquisizione di beni e servizi. In assenza dell'atto (o dell'omissione dell'atto) contrario al dovere d'ufficio o di fedeltà, il fuoco della tutela rimane ancorato all'antidoverosità del contegno del corrotto (con una concezione sostanzialmente legata alla modello della fedeltà). A conferma di questa impostazione vi era il fatto che nell'istigazione alla corruzione di cui all'art. 2635-bis Cc il regime di procedibilità a querela di parte non contemplava le medesime deroghe 'concorrenziali' dell'art. 2635 co. 5 Cc.

<sup>48</sup> S. Seminara, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, cit., 597 ss.; v. anche Id., *Diritto penale commerciale*, cit., 142 ss. e, nei medesimi termini, V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.5.2019, 292.

<sup>49</sup> Nell'ambito della dottrina penalistica è ampiamente diffusa, in relazione all'art. 2635 Cc, la terminologia *agente-principale* per definire, rispettivamente, il soggetto tenuto agli obblighi di fedeltà e di ufficio ed il soggetto in favore del quale questi obblighi sono disposti. Questo lessico, che rappresenta l'italianizzazione delle espressioni anglosassoni *agent-principal* utilizzate dapprima nell'ambito delle discipline economiche (M.C.

2635 Cc, pur ammettendo che l'interesse ad un corretto funzionamento del mercato non è estraneo al fascio degli interessi salvaguardati dalla corruzione tra privati<sup>50</sup>.

In definitiva, oltre all'inevitabile constatazione dell'abbandono di un modello direttamente patrimonialistico di tutela, sembra di poter individuare, nel panorama dottrinale, una certa concordia sulla rilevanza della dimensione concorrenziale nell'oggettività giuridica dell'attuale art. 2635 Cc, come esclusivo oggetto di tutela oppure come uno degli interessi protetti.

4. La dottrina penalistica che si è occupata della concorrenza come bene tutelato dall'art. 2635 Cc ha posto in evidenza una fondamentale distinzione fra concorrenza in senso macroeconomico e concorrenza in senso microeconomico<sup>51</sup>.

In estrema sintesi, nella prima accezione la concorrenza individua l'insieme di condizioni che consentono il corretto funzionamento di un mercato basato sul libero accesso e sulla libertà di contrattazione; nella seconda accezione la concorrenza si riferisce all'insieme di regole che presidiano la correttezza dei rapporti fra gli operatori

---

Jensen - W.H. Mekling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics* 1976, 305 ss.) e poi negli studi sulla *corporate governance* (per una panoramica v. C.A. Mallin, *Corporate Governance*, Oxford-New York 2016, 16 ss.), sarà sostituito, nel presente lavoro, dai più abituali termini mandatario-mandante (sulla scia di autorevole dottrina che utilizza le due coppie di espressioni come sinonimi; v. S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 723 e 724). La scelta qui adottata si giustifica anche perché, quantomeno nel contesto in cui è stato inizialmente studiato, il rapporto *agent-principal* riguarda le interazioni fra la proprietà (i soci) ed i soggetti deputati alla gestione dell'impresa collettiva (gli amministratori ed i dirigenti) e, quindi, contempla soggetti che non rientrano nelle relazioni evocate dell'art. 2635 Cc (*i.e.* i meri proprietari dell'ente).

<sup>50</sup> In questo senso v., ad es., F. Di Vizio, *Infedeltà patrimoniale e corruzione tra privati: la posta in gioco*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 26.6.2019, 34; L. d'Altília, *Dove il leone perde può vincere la volpe: saggio sul ventennio della corruzione tra privati*, in *IP* 2020, 584 ss. e A. Melchionda, *La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati"*, cit., 74 ss.

<sup>51</sup> La terminologia qui adottata è quella di A. Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 828 ss. Sulla contrapposizione fra dimensione individuale (e collettiva) e dimensione metaindividuale del fenomeno normativo della concorrenza (con le relative ricadute sulle caratteristiche del bene giuridico) v., pur con diverse sfumature, Id., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 708 ss.; Id., *Oltre il modello mercantile?*, cit., 670 ss.; G. M. Flick, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *BBTC* 2011, 433 ss.; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli 2012, 159 ss.; L. Zoli, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 Cc tra vecchia e nuova formulazione della «corruzione tra privati»*, in *DPenCont* 2014, 3-4, 429 ss.; A. F. Tripodi, *Diritto penale e disciplina antitrust: le indicazioni provenienti dall'analisi economica del diritto e la prospettiva aperta dall'art. 2638 Cc*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di P. Siracusano, Torino 2007, 125 ss. e E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 438 ss.

del mercato, di cui beneficiano sia i medesimi attori economici sia i consumatori<sup>52</sup>.

In altri termini (e con notevoli semplificazioni), la concorrenza macroeconomica concerne il mercato in sé, nella sua struttura concorrenziale; mentre la concorrenza microeconomica riguarda gli attori che operano sul mercato dal lato della domanda e dal lato dell'offerta.

È dubbio che, anche solo dal punto di vista astratto, la concorrenza macroeconomica possa essere un valido bene giuridico per l'art. 2635 Cc.

Innanzitutto, nell'ordinamento italiano la tutela di questo interesse è tradizionalmente affidata a strumenti di tipo amministrativo, quali quelli previsti dalla disciplina *antitrust* di cui alla l. 10.10.1990 n. 297, senza che le istanze per l'introduzione di una tutela anche – o solo – penale abbiano trovato un condiviso accoglimento<sup>53</sup>.

Inoltre, ulteriori perplessità nascono dal fatto che il singolo episodio corruttivo ben difficilmente può avere *magnitudo* tale da condizionare la struttura concorrenziale di un intero settore del mercato essendo, a questo scopo, necessaria l'aggregazione di molte differenti condotte analoghe realizzate da una pluralità di diversi operatori del mercato<sup>54</sup>. La corruzione privata, quindi, sarebbe idonea ad offendere la concorrenza macroeconomica solo in termini di pericolo astratto<sup>55</sup>.

Questa constatazione non è di per sé dirimente, ma assume un diverso valore se si tiene in considerazione che la disciplina *antitrust* individua fattispecie, quali l'abuso di posizione dominante o le intese restrittive, che appaiono direttamente offensive

---

<sup>52</sup> Cfr. M. Libertini, *Concorrenza*, in *ED, Annali III* 2010, 217 ss.; G. Ghidini, *Monopolio e concorrenza*, in *ED, XXVI*, 1976, 787 ss. e 817 ss.; F. Ghezzi - G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino 2023, 47 ss.

<sup>53</sup> Sul tema v., *ex multis*, F. Mucciarelli, *Le sanzioni della legge "antitrust"*, in *LP* 1990, 609 ss.; V. Militello, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 297*, in *RTrimDPenEc* 1991, 941 ss.; A.F. Tripodi, *Diritto penale e disciplina antitrust*, cit., 125 ss. Nel senso che, tutto sommato, sia preferibile una tutela amministrativa v., ad es., G. M. Flick, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa*, cit., 436 (anche in considerazione del fatto che lo svolgimento dei compiti dell'Autorità amministrativa di settore è presidiato dalla sanzione penale di cui all'art. 2638 Cc) e L. Foffani, «Sicurezza» dei mercati e del risparmio: il diritto penale dell'economia di fronte alle tensioni della «modernità», in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli 2011, III, 1934, nt. 34 (in ragione dell'efficienza del sistema sanzionatorio affidato all'Autorità garante).

<sup>54</sup> In questi termini v. A. Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 832 ss. e G. M. Flick, *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17.11.2010, 12 ss.

<sup>55</sup> Anche ponendosi nell'ottica del pericolo astratto, la concorrenza macroeconomica è un bene che possiede caratteristiche di gigantismo tali da rendere estremamente problematica la sua tutela penale tramite la punizione di condotte individuali poiché vi sarebbero notevoli frizioni «sul piano del rispetto di principi fondamentali del diritto penale, a partire dalla personalità della responsabilità e dalla proporzione, specie per l'iniustizia insita nell'imputare ad un agire individuale disfunzioni di natura sistemica» (V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 156).

della concorrenza macroeconomica<sup>56</sup>; posta l'identità di bene giuridico, la criminalizzazione di un'offesa di pericolo astratto a fronte della mera rilevanza amministrativa di una fattispecie di danno susciterebbe non poche perplessità sulla coerenza complessiva del sistema di protezione della concorrenza macroeconomica e sull'utilizzo della sanzione penale come *extrema ratio*<sup>57</sup>.

In aggiunta, la concorrenza macroeconomica, riguardando i meccanismi di funzionamento del mercato, è un bene collettivo di tale portata generale da risultare poco idoneo a subire quel procedimento di concretizzazione che la dottrina ha indicato come strumento di necessaria individuazione del bene protetto nel singolo caso concreto<sup>58</sup>.

Comunque, prescindendo dagli aspetti di criticità appena evidenziati, si può dare per acquisito che, volendo identificare la concorrenza macroeconomica come bene protetto dall'art. 2635 Cc, questa risulterebbe un «interesse così evanescente da tendere verso lo schema del pericolo presunto»<sup>59</sup>.

La concorrenza microeconomica, invece, possiede caratteristiche che, quantomeno in astratto, la rendono maggiormente adatta a fungere da oggetto giuridico della corruzione privata. Infatti, l'interesse delle imprese come operatori di mercato all'esistenza di una concorrenza leale e corretta e le aspettative dei consumatori a beneficiare di una situazione di concorrenza in termini di minor prezzo o maggiore qualità<sup>60</sup> appaiono idonee ad essere pregiudicate dall'esplicazione degli effetti nefasti della relazione tra corrotto e corruttore, senza che la tutela di questi interessi si accavalli con altri metodi di protezione previsti dall'ordinamento.

Occorre, a questo punto, precisare che, sebbene si tratti di un bene collettivo, sullo

---

<sup>56</sup> In argomento v., rispettivamente, F. Marini Balestra, *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, in *Diritto Antitrust*, a cura di A. Catricalà, C.E. Cazzaro, F. Fimmanò, Milano 2021, 353 ss. e S. Lamarca - A. Aguggia, *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, *ivi*, 162 ss.

<sup>57</sup> V. nuovamente gli Autori citati alla nota 54. Secondo G. M. Flick, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., 13 ss. le riserve espresse nel corpo del testo potrebbero essere ridimensionate considerando che l'incriminazione della condotta solamente pericolosa per la concorrenza macroeconomica (a fronte della minore gravità dell'illecito che porta ad un danno per il medesimo bene) si potrebbe giustificare con il maggiore disvalore di condotta insito nell'accordo corruttivo rispetto alle fattispecie di abuso di posizione dominante o di intesa restrittiva, similmente a quanto accade per la repressione dell'illecita concorrenza mediante minaccia o violenza, ex art. 513-bis Cp.

<sup>58</sup> V., per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 543 ss.; in senso critico v., però, G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 42 ss.

<sup>59</sup> S. Seminara, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, cit., 598.

<sup>60</sup> V., ad es., E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 441 ss.; A. Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 829 ss. e Id., *Oltre il modello mercantile?*, cit., 670, cui si rimanda anche per le indicazioni bibliografiche in tema di effetti positivi della concorrenza leale sui consumatori.

sfondo della tutela della concorrenza microeconomica si trovano interessi di natura *lato sensu* patrimoniale che fanno capo al pubblico dei consumatori, ai concorrenti dell'impresa del corruttore<sup>61</sup>, ma non all'impresa del corrotto<sup>62</sup>.

Ciò non ostante, anche la concorrenza microeconomica può presentare problemi nella concretizzazione del bene collettivo, non essendo sempre di immediata evidenza l'individuazione della specifica relazione concorrenziale pregiudicata dall'accordo corruttivo<sup>63</sup>.

Come sarà meglio argomentato nel prosieguo, anche l'offesa alla concorrenza microeconomica che potrebbe essere rintracciata nella fisionomia della fattispecie di cui all'art. 2635 Cc si arresta a livello del pericolo astratto.

#### 4.1. Si è avuto modo di vedere che l'attuale struttura del reato di corruzione tra

---

<sup>61</sup> Cfr. G. M. Flick, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., 11; J. Vogel, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in *La corruzione tra privati*, a cura di R. Acquaroli, L. Foffani, cit., 88 ss. e A. Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 837 ss.

<sup>62</sup> Infatti, se vi è una lesione dell'interesse patrimoniale dell'ente del corrotto, sarà questo evento a determinarne un decremento della capacità concorrenziale (ad es., in seguito al ricevimento della tangente, il corrotto acquista un bene ad un prezzo più elevato di quello di mercato, privilegiando il fornitore cui appartiene il corruttore) e non viceversa, come avviene in relazione alle ipotesi di pregiudizio ai concorrenti (utilizzando lo stesso esempio: il precedente fornitore – che vendeva al prezzo corretto – perde una quota di mercato perché il cliente sceglie i prodotti di un concorrente per effetto della corruzione) o ai consumatori (sempre utilizzando lo stesso esempio: l'impresa che acquista i beni più cari a causa dell'accordo corruttivo è costretta ad alzare i prezzi per mantenere un margine di redditività accettabile). Secondo A. Habukar Hayo, *La questione del carattere patrimoniale dell'offesa*, cit., 22 ss., invece, la corruzione privata comporterebbe sempre un pregiudizio economico – potenziale o effettivo – a danno della società del corrotto, dato che il suo comportamento è in contrasto con l'interesse sociale che, a sua volta, consiste nella massimizzazione dei profitti. Tuttavia, sembra possibile immaginare più di una ipotesi in cui al *pactum sceleris* segue un atto in violazione dei doveri di ufficio senza che vi sia un pregiudizio per l'ente di appartenenza del corrotto (prendendo in prestito gli esempi di A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati*, cit., 438, si pensi, all'ente del corrotto che acquista un bene al prezzo di mercato, privilegiando il fornitore cui appartiene il corruttore a discapito di un altro per effetto del pagamento della tangente, oppure all'intraneo di un ente certificatore che emette una certificazione in assenza dei requisiti, come controprestazione della tangente).

<sup>63</sup> Utilizzando uno degli esempi proposti al termine della nota precedente, si ipotizzi che il soggetto corrotto si determini a cambiare fornitore in relazione al pagamento di una tangente: in questo caso il bene protetto appare facilmente concretizzabile nella relazione concorrenziale fra nuovo e vecchio fornitore (quest'ultimo anche patrimonialmente pregiudicato). Si immagini, invece, che la fornitura oggetto del *pactum sceleris* riguardi un bene o un servizio fino ad allora mai acquistato dall'ente del corrotto (ad es. per l'effetto dell'apertura di un nuovo ramo di attività): in questo caso i terzi esclusi dall'accordo corruttivo sono tutti i potenziali concorrenti nel mercato (anche geografico) di riferimento; evidente, in questa ipotesi, la difficoltà di concretizzare il bene selezionando la singola relazione concorrenziale turbata dalla corruzione privata. Alle stesse difficoltà di concretizzazione si presta il caso (sempre mutuato da A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati*, cit., 438) del funzionario di banca che concede credito ad un cliente privo dei requisiti in virtù di un pagamento illecito: qui gli esclusi sono tutti gli altri clienti della banca (compresi quelli potenziali) e tutti i concorrenti del soggetto finanziato.

privati è priva non solo di un evento naturalistico, ma anche della tipizzazione della condotta attuativa dell'accordo illecito. In aggiunta, la tipicità oggettiva è influenzata dalla presenza di un dolo specifico<sup>64</sup>, la cui essenza poggia sulla violazione dei doveri di fedeltà o di ufficio del soggetto agente rispetto all'entità presso la quale svolge le proprie mansioni. In altri termini, per rendere oggettivamente tipico il fatto è sufficiente che l'accordo (o la mera richiesta) sia indirizzato verso il compimento di atti sleali.

Occorre valutare in che modo simile situazione potrebbe risultare offensiva della concorrenza in senso microeconomico<sup>65</sup>.

Esclusa la sussistenza di una fattispecie di danno<sup>66</sup>, l'unica modalità di tutela ipotizzabile è quella del pericolo astratto, in assenza di diversi indicatori normativi che individuino nel pericolo un elemento costitutivo del reato, valutabile caso per caso dal giudice.

Infatti, nell'art. 2635 Cc non solo manca l'espressa menzione del pericolo<sup>67</sup>, ma non sembra neppure possibile ricavarlo per via interpretativa da altri componenti della fattispecie poiché l'unico elemento dotato di pregnanza semantica è rappresentato dalla coppia *retribuzione indebita/violazione dei doveri di fedeltà o di ufficio*, requisiti che non sembrano proprio idonei a selezionare esclusivamente comportamenti concretamente offensivi<sup>68</sup> del bene concorrenza in quanto, rispetto a quest'ultima,

---

<sup>64</sup> Sul fatto che, in generale, il dolo specifico contribuisce a definire la tipicità oggettiva del fatto v. L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Milano 1993, 497 ss.; A. Moro, *L'antigiuridicità penale*, Palermo 1947, 71 ss. e A. Molari, *La tutela penale della condanna civile*, Padova 1960, 92 ss. (con particolare riferimento ai profili di offensività); rispetto all'art. 2635 Cc si rinvia a F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 534 ss.

<sup>65</sup> Come si è visto nel precedente paragrafo, la lesione della concorrenza macroeconomica da parte della corruzione privata si attesta inevitabilmente a livello del pericolo astratto.

<sup>66</sup> Sia in ragione dell'assenza di un evento in senso naturalistico nel quale si incarna la lesione – non la mera messa in pericolo – del bene protetto (come accadeva per il diverso interesse patrimoniale dell'ente nell'art. 2635 Cc quando era previsto il nocumento come risultato dell'atto compravenduto), sia perché la necessità della distruzione, della diminuzione o della perdita dell'oggetto giuridico *concorrenza* non pare ricavabile *aliunde* nella norma incriminatrice vigente (cfr. F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 205 ss. e M. Romano, *Pre-Art. 39 in Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano 2004, 338 ss.).

<sup>67</sup> Sostengono che i reati di pericolo astratto sono quelli privi della menzione del pericolo, al contrario delle ipotesi di pericolo concreto, S. Canestrari, *Reato di pericolo*, in *EG*, XXVI, 1991, 2 ss.; G. Grasso, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *RIDPP*, 1986, 697; A. Manna, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *QuestG* 2001, 439; M. Romano, *Pre-Art. 39* cit., 340 ss.; vedi anche G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, in *AA. VV.*, *Beni e tecniche di tutela penale: materiali per una riforma del Codice*, Milano 1987, 58 ss.

<sup>68</sup> In questi termini v., per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 563 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 109.

appaiono tendenzialmente indifferenti, cioè incapaci di creare qualsiasi tipo di collegamento tra il fatto e l'offesa a quel bene giuridico.

Del pari, la conformazione della fattispecie incriminatrice dell'art. 2635 Cc non consente di individuare precisi referenti normativi che possano costituire la base del giudizio per stabilire il grado di pericolosità fra condotta ed evento (in senso naturalistico o giuridico), con il risultato che siffatta valutazione sarà demandata ad una generica idoneità causale rispetto all'offesa all'interesse protetto, tipica dei reati di pericolo astratto<sup>69</sup>. Infatti, se, come è stato osservato, la definizione di pericolosità astratta o concreta dipende dalla struttura della norma incriminatrice e, in particolare, «attiene al numero di circostanze da considerare quale base dell'accertamento di una relazione pericolosa tra la condotta ed un evento lesivo per il bene protetto»<sup>70</sup>, nel caso dell'art. 2635 Cc tarato sulla tutela concorrenziale microeconomica appare ben difficile ritenere che il legislatore non abbia fatto uso del suo potere di limitare il catalogo di fattori che 'entrano' nel giudizio di prognosi postuma<sup>71</sup>; infatti, l'unico elemento astrattamente disponibile sarebbe la proiezione finalistica verso la violazione dei doveri di fedeltà dell'accordo o della offerta/sollecitazione, che ben difficilmente risulta idonea a giocare un qualsiasi ruolo nella valutazione di pericolosità della relazione corruttiva per il bene giuridico concorrenza.

Breve: indipendentemente dall'opzione teorica privilegiata, rispetto all'interesse della concorrenza microeconomica – ma, *a fortiori*, anche macroeconomica – la corruzione privata possiede tutte le caratteristiche del reato di pericolo astratto<sup>72</sup>.

Ma, in quanto reato di pericolo astratto, l'art. 2635 Cc dovrebbe rispettare i requisiti

---

<sup>69</sup> Secondo la differente teorica che vede il pericolo quale elemento espresso anche nei reati di pericolo astratto, con la differenza che in questi ultimi il giudizio di probabilità tra condotta ed evento dannoso è generalizzante ed esclude – per ragioni di politica criminale legate anche alle difficoltà di accertamento processuale – che la prognosi postuma si possa basare su tutte le circostanze presenti nel caso concreto. In argomento v. M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, 278 ss.; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano 1982, 651; C. Pedrazzi, *Problemi del delitto di aggrigotaggio*, Milano 1958, 46 ss.; F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano 2012, 162 ss.

<sup>70</sup> F. Consulich, *La giustizia ed il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano 2010, 259.

<sup>71</sup> Tenendo in considerazione che essendo l'art. 2635 Cc reato di mera condotta, il momento del giudizio non potrà superare quello in cui viene realizzata la condotta; sul punto v. M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo*, cit., 367 ss. e F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano 1994, 195 ss.

<sup>72</sup> *Contra*, nel senso che per la concorrenza macroeconomica si sia in presenza di un pericolo astratto, mentre per la concorrenza microeconomica si tratti di un pericolo concreto v. A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4650.

che, generalmente, si ritengono indispensabili perché questa categoria di illeciti superi il *test* della necessaria offensività, *in primis* la conformità della presunzione di pericolosità a regole di esperienza<sup>73</sup>.

In relazione alle condotte di mero accordo, per giungere ad una valutazione di tendenziale pericolosità rispetto alla concorrenza è necessario che il patto finalizzato alla violazione dei doveri di ufficio si tramuti normalmente nel compimento dell'atto illecito oggetto della volontà comune dei paciscenti e che, a sua volta, l'atto illecito sia generalmente causativo di un danno alla concorrenza, in almeno una delle due accezioni individuate.

La difficoltà di individuare una base scientifica sulla quale possa fare affidamento il canone *dell'id quod plerumque accidit*<sup>74</sup> potrebbe anche portare una risposta affermativa, pur permanendo più che un dubbio dovuto alla possibilità di identificare situazioni in cui l'accordo corruttivo, anche se eseguito, non appare tipicamente lesivo del bene concorrenza<sup>75</sup>.

I dubbi sopra accennati trovano conferma indiretta nel fatto che l'Autore che ha maggiormente tematizzato, *de lege ferenda*, la tutela della concorrenza tramite la corruzione privata ha ritenuto necessaria la presenza nel fatto tipico dell'atto esecutivo dell'accordo corruttivo e del dolo specifico di alterazione delle regole della

---

<sup>73</sup> In argomento v.: G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 569, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2024, 220; su questa linea si pone anche la Corte costituzionale: «le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale (...) è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit* (cfr. sent. n. 1/1971, n. 139/1982, n. 126/1983, n. 71/1978)» (C. cost., 11.7.1991 n. 333, in *FI* 1991, 2628 ss.).

<sup>74</sup> Sul fatto che il giudizio di conformità alle regole di esperienza nei reati di pericolo astratto possiede margini incomprimibili di arbitrarietà v. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 293 ss. In argomento, in senso anche più critico sulla praticabilità di questa modalità di lettura costituzionalmente orientata dei reati di pericolo astratto, v. F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 204 ss.

<sup>75</sup> In questo senso v. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 538, che, tuttavia, parte da una concezione di concorrenza di stampo esclusivamente microeconomica (l'efficiente allocazione delle risorse nel mercato interessato). Gli esempi non possono che essere scolastici: il direttore delle risorse umane che assume, dietro compenso illecito, un candidato piuttosto che un altro (siccome i candidati non sono imprese, la loro competizione nella procedura di assunzione non è concorrenza); il responsabile IT di un ente che, dietro retribuzione, fornisce ad un investigatore privato in cerca di prove di infedeltà coniugale le email compromettenti dell'amministratore delegato; l'amministratore delegato di una società fiduciaria che, dietro compenso, fornisce il nome e la situazione patrimoniale di un cliente ad un avvocato che sta intentando una causa ereditaria; l'amministratore dell'ente che corrompe il collegio sindacale affinché non evidenzi le responsabilità dell'organo gestorio nella propria relazione annuale (questo esempio è di A. F. Tripodi, *La corruzione tra privati*, cit., 438).

concorrenza, elemento ritenuto idoneo ad esprimere la pericolosità concreta della condotta rispetto al bene giuridico concorrenza (identificato in una accezione compatibile con quella microeconomica)<sup>76</sup>.

In definitiva, l'individuazione della concorrenza come bene giuridico protetto dalla corruzione privata implica un assetto di tutela basato sul pericolo astratto<sup>77</sup> ed esalta gli aspetti problematici della fattispecie, come si vedrà nel paragrafo seguente.

5. La visione concorrenziale dell'art. 2635 Cc implica alcune significative conseguenze sul complessivo assetto di repressione della corruzione privata.

Innanzitutto, deve essere rilevata la scarsa capacità del bene giuridico della concorrenza a fungere da parametro per l'applicazione del principio di offensività in chiave interpretativa<sup>78</sup> che, nel caso dei reati di pericolo astratto, dovrebbe comportare l'espulsione dal tipo legale dei fatti concretamente inoffensivi<sup>79</sup>.

Simile attività ermeneutica non è possibile *tout court* in relazione alla concorrenza in senso macroeconomico. In questa accezione, infatti, la concorrenza incarnerebbe una di quelle ipotesi in cui il reato di pericolo astratto è l'unico modo di tutelare un interesse sovraindividuale, offendibile solo considerando l'insieme di plurime condotte singolarmente innocue<sup>80</sup>. Adottando tale prospettiva, la rinuncia alla possibilità di verifica interpretativa della pericolosità concreta potrebbe risultare coerente con la necessità di assicurare la protezione ad un bene giuridico diffuso; ma, così facendo, il legislatore sarebbe costretto a pagare un prezzo eccessivo in termini di razionalità del complessivo sistema repressivo, come si è visto in precedenza<sup>81</sup>.

La funzione ermeneutica del principio di offensività appare astrattamente ipotizzabile relazione alla concorrenza microeconomica, sebbene con risultati molto modesti.

È vero che, per via interpretativa, si potrebbe espungere dall'area della tipicità dell'art. 2635 Cc alcune peculiari condotte corruttive che difficilmente potrebbero

---

<sup>76</sup> E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 499 ss.

<sup>77</sup> Sul fatto che, solo avendo previamente identificato l'oggetto giuridico di un reato, si possa misurare la soglia di rilevanza penale (pericolo, danno) e le modalità di tutela (astratto, concreto), v. F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 7 ss.

<sup>78</sup> Su questa funzione del principio di offensività v. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 245 ss.

<sup>79</sup> V., per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 565 ss.

<sup>80</sup> Cfr. G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 568.

<sup>81</sup> V. par. 4.

avere un impatto significativo sulla dimensione concorrenziale dell'attività dell'ente<sup>82</sup>.

Tuttavia, la fisionomia del bene giuridico in discussione rende estremamente problematico un giudizio di concreta inoffensività nella normalità dei casi: l'aspettativa di correttezza nel comportamento degli operatori del mercato<sup>83</sup> ben si identifica in una di quelle entità ideali per le quali risulta difficile un giudizio di attitudine pericolosa – o meno – di un determinato comportamento<sup>84</sup>. In altri termini, la concorrenza microeconomica, in quanto 'valore' – come tale non sempre concretizzabile in una specifica relazione concorrenziale<sup>85</sup> – non presenta una base sufficientemente oggettiva ed ancorata al substrato materiale del reato idonea a consentire una valutazione affidabile sull'assenza di potenzialità lesiva di una singola condotta di corruzione privata apparentemente conforme al tipo.

In secondo luogo, questa scarsa capacità tipizzante del bene giuridico della concorrenza<sup>86</sup> si incardina in un illecito penale i cui elementi soggettivi di fattispecie sovrastano quelli oggettivi.

Se ricostruito nella sua evoluzione storica, l'art. 2635 Cc disegna un cammino di progressivo adattamento alle fonti sovranazionali, ma, contestualmente, di abbandono dei requisiti oggettivi del reato.

---

<sup>82</sup> Come in buona parte degli esempi di cui alla nota 75.

<sup>83</sup> Si esprime in termini di «aspirazione a che, nell'esercizio dell'attività d'impresa, tutti si attengano ai principi di correttezza e lealtà», E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 450, il quale avverte che nella costruzione di una fattispecie di corruzione privata a tutela della concorrenza, al fine di «evitare il rischio di un'esaasperata idealizzazione dell'interesse e di un'eccessiva anticipazione della tutela [...] occorrerà una costruzione della fattispecie incriminatrice il più possibile spostata in direzione delle potenziali vittime, nel senso che la condotta dovrà essere il più possibile orientata verso reali e concrete, anche se quantitativamente indeterminate, posizioni individuali percepibili come tali nella dinamica della vicenda aggressiva».

<sup>84</sup> Cfr. G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 438.

<sup>85</sup> V., per una esemplificazione, la nota 63. Sul fatto che la concretizzazione del bene collettivo assolve a funzioni di garanzia analoghe a quelle dell'interpretazione conforme al principio di offensività, v. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 261.

<sup>86</sup> Sul fatto che l'offesa al bene protetto sia un requisito di tipicità del reato v., ad es. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 201 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2023, 172 ss. nonché, G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano 2024, 278 ss. i quali qualificano espressamente l'offesa al bene protetto come elemento del fatto. In senso opposto si pone la concezione realistica del reato, secondo cui possono esistere comportamenti conformi al tipo che, essendo concretamente inoffensivi, non comportano il sorgere della responsabilità penale in forza della regola contenuta nell'art. 49 cpv. Cp (in argomento v. M. Donini, *Teoria del reato*, in *DigDPen.*, XIV, 1999, 265 ss. e, in particolare, G. Neppi Modona, *Reato impossibile*, in *NDI*, XIV, 1967, 974 ss.); in senso critico, negando la separazione concettuale fra tipicità ed offensività e ribadendo che il fatto tipico non può che essere offensivo, mentre il fatto inoffensivo è solo apparentemente tipico v. ad es., F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *RIDPP* 1973, 28 ss. e D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 151 ss.

Come si è visto<sup>87</sup>, la versione dell'art. 2635 Cc introdotto dalla l. 61/2002 richiedeva la conclusione del *pactum sceleris* (con la dazione o quantomeno con la promessa di utilità), la condotta attuativa dell'accordo corruttivo ed un conseguente evento di danno. L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, pur con i suoi numerosi aspetti problematici<sup>88</sup>, presentava una condotta ampiamente strutturata e la materializzazione naturalistica della lesione di un bene giuridico, con conseguente esclusione dell'autonoma rilevanza, in chiave di tutela e di tipicità, della pur necessaria violazione degli obblighi di fedeltà del mandatario rispetto al mandante. Successivamente, le scelte di fondo del legislatore del 2002 sono state confermate dalla riforma operata con la l.190/2012 ed è solo con il d.lgs. 38/2017 che la norma incriminatrice della corruzione privata subisce un drastico cambiamento, perdendo quasi tutti gli elementi oggettivi, come richiesto dalla normativa eurounitaria e convenzionale<sup>89</sup>.

Attualmente, il versante oggettivo della corruzione privata si compone delle condotte prodromiche o costituenti l'accordo corruttivo e, a ben vedere, anche della loro propensività causale verso la violazione dei doveri di ufficio o di fedeltà<sup>90</sup>.

In questo scarno contesto oggettivo, un ruolo di fondamentale importanza nell'economia complessiva del reato non può che essere svolto dalla finalizzazione della condotta verso la violazione dei doveri che ricadono sull'*intraneus*: l'atteggiamento volitivo che motiva il soggetto attivo nella conclusione dell'accordo corruttivo (o nella proposta all'*extraneus*) rappresenta l'architrave che regge l'edificio del disvalore complessivo della corruzione privata<sup>91</sup>.

In definitiva, la corruzione tra privati richiede essenzialmente la volontà di trasgredire il dovere di fedeltà, sempreché questo atteggiamento interiore trovi emersione empirica almeno in un preventivo ed idoneo accordo illecito (raggiunto, ma anche solo proposto).

Si delinea, quindi, un peculiare scenario: una norma incriminatrice polarizzata

---

<sup>87</sup> Par. 2.

<sup>88</sup> V. gli Autori citati alla nota 1.

<sup>89</sup> In questo caso, ponendosi in un'ottica coeva alla Decisione quadro 2003/568/GAI – quindi anteriore al Trattato di Lisbona –, l'intervento del legislatore europeo sembra collocarsi oltre il mero esercizio di tecnica giuridica finalizzata all'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri (in vista della creazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, tipica degli atti del 'vecchio' terzo pilastro) e sconfinare in giudizi di valore che plasmano la fisionomia delle norme repressive della corruzione privata; in argomento v. C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007, 88 ss.

<sup>90</sup> Sulla valenza anche oggettiva del dolo specifico si rimanda agli Autori citati alla nota 64.

<sup>91</sup> In termini concordi v. R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, cit., 630 ss.

sull'intenzione e posta a tutela di un bene giuridico che, accedendo alla concezione concorrenziale, non è sostanzialmente in grado di selezionare i fatti concretamente inoffensivi e di consentirne l'espulsione dal tipo legale.

Il quadro appena tratteggiato suggerisce due riflessioni critiche che, data l'economia del presente lavoro, non possono che essere solo brevemente accennate.

La prima riflessione deriva da un'ovvia constatazione: la norma incriminatrice in discussione si colloca, quantomeno topograficamente, nell'ambito del c.d. diritto penale commerciale<sup>92</sup>; in questo settore dell'ordinamento penale la tutela di beni giuridici che, in ultima analisi, coinvolgono anche la sfera patrimoniale di una pluralità di soggetti<sup>93</sup> è frequentemente affidata al pericolo concreto (ad es. manipolazione del mercato<sup>94</sup>; false comunicazioni sociali<sup>95</sup>; bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>96</sup>).

Adottando la concezione concorrenziale, il cambio di struttura – da danno a pericolo astratto – operato dal legislatore dell'art. 2635 Cc oggi vigente manifesta un distacco dal modello del pericolo concreto (o, quantomeno, concretizzabile per via interpretativa) e promuove un giudizio di meritevolezza di pena basato prevalentemente su di una visione eticizzante dei doveri di condotta nell'ambito dell'attività economica<sup>97</sup>, stante la presenza di elementi di fattispecie indicativi quasi

---

<sup>92</sup> Nella consapevolezza della natura convenzionale della definizione, si adotta quella proposta da A. Alessandri - S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, I, *I principi generali*, Torino 2018, 8 ss. (comprendete il diritto penale societario, delle procedure concorsuali e del mercato finanziario). Sulle problematiche relative al mantenimento della corruzione privata nell'ambito del Codice civile e sulla difficile applicabilità di questa figura di reato al di fuori dell'ambito delle società commerciali v. S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 715 ss.

<sup>93</sup> Come accade con la concorrenza intesa in senso microeconomico; v. gli Autori citati alla nota 61 ed il relativo corpo del testo.

<sup>94</sup> Sul bene protetto dal reato di cui all'art. 184 Tuf e sulle modalità di tutela v., ad es., F. Consulich, *La giustizia ed il mercato*, cit., 269 ss. e 297 ss.

<sup>95</sup> V., *ex multis*, A. Perini, Art. 2621-2622, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni penali in materia di società, consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, cit., 43 ss.; D. Cultrera, *Le false comunicazioni sociali*, in *Diritto e procedura penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. Luparia, cit., 276 ss.

<sup>96</sup> V., per tutti, C. Pedrazzi, Art. 216, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1995, 11 ss.; in giurisprudenza, fra le più recenti che si esprimono nel senso del pericolo concreto, v. Cass. 26.7.2022 n. 29850 in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>97</sup> Non dissimilmente rispetto a quanto accade per il reato di abuso di informazioni privilegiate che, secondo l'opinione maggioritaria, è un reato di pericolo astratto (v., ad es., F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino 2014, 135 e, in giurisprudenza, Cass. 27.9.2019 n. 39999 in *italgiure.giustizia.it*; da valutare, però, come strumento di concretizzazione del pericolo il requisito della *price sensitivity* che deve possedere l'informazione privilegiata); non a caso, si ritiene, questa fattispecie è stata tacciata di rappresentare una mera «violazione di una regola etica» (C.E. Paliero, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? - Prove libere di psicopolitica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna 2011, 321) o di essere «un delitto del quale appare incerta financo la materialità lesiva» (S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, III, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Torino 2022, 77).

esclusivamente del disvalore associato all'intenzione<sup>98</sup>.

La seconda riflessione si pone su un piano differente, ma contiguo, e riguarda l'impostazione di fondo del legislatore, la quale sembra riflettere i tratti salienti di un approccio teorico di tipo neokantiano; ovviamente, il paragone appena proposto è funzionale solamente alla valutazione delle specifiche caratteristiche della norma incriminatrice della corruzione privata e non rappresenta un giudizio di sistema<sup>99</sup>.

Difatti, il fatto descritto dell'art. 2635 Cc in esecuzione dei vincoli europei è ampiamente caratterizzato da un elemento soggettivo del tipo – rintracciabile nella positivizzazione del motivo che spinge l'autore a proporre o accettare l'accordo corruttivo – che, in conformità ad una dogmatica penale ispirata alla filosofia dei valori, sembra ritenuto dal legislatore elemento sufficiente a dare evidenza della pericolosità della condotta<sup>100</sup>.

A rilievi analoghi si presta la concezione che vede nella concorrenza il bene giuridico protetto dalla corruzione privata.

Il pensiero neokantiano, raccogliendo l'eredità della concezione liberale del bene giuridico, contribuì a fissare la distinzione fra oggetto giuridico ed oggetto materiale del reato<sup>101</sup>, ma pose anche le basi per una concezione del bene protetto come entità

---

<sup>98</sup> Un discorso analogo vale per i beni giuridici istituzionali (svolgimento dei compiti di vigilanza delle Autorità, ordinato funzionamento del mercato, ecc.), categoria nella quale si potrebbe ricomprendere la concorrenza in senso macroeconomico (v. par. 4). Per questa tipologia di beni, che richiedono necessariamente una tutela a livello di pericolo astratto, vi è il concreto rischio che la lesione sia identificabile solo nella violazione di regole di condotta poste a carico dei vari attori economici, data la difficoltà di individuare il momento lesivo (o, addirittura, lo stesso oggetto di tutela). In argomento v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 266 ss. nonché A. Alessandri - S. Seminara, *I principi generali*, cit., 16 ss.

<sup>99</sup> Sul fatto che il neokantismo penale abbia preparato il terreno per l'avvento di concezioni del diritto penale schiettamente autoritarie v., sebbene con profonda diversità di accenti, E.R. Zaffaroni - A. Alagia - A. Slokar, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires 2002, 343 ss.; A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici ed ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano 1966, 119 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 64 ss.; A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco del primo Novecento*, Torino 2019, 63 ss. (cui si rimanda anche per una completa illustrazione delle varie posizioni).

<sup>100</sup> Sull'evoluzione della concezione neokantiana degli elementi soggettivi del tipo (da precursori del pericolo al quale viene esposto il bene giuridico protetto a strumento di giustificazione teorica di reati di pericolo astratto in cui la finalità del comportamento dell'autore, tipizzata dalla norma incriminatrice, è di per sé idonea a dimostrare l'elemento oggettivo della pericolosità della condotta) e, in generale, sul percorso di apparente oggettivizzazione delle componenti soggettive dell'illecito tipiche del pensiero neokantiano, v., con ampi riferimenti bibliografici alla letteratura tedesca, A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, cit., 63 ss. Per un'analisi critica di più recenti impostazioni soggettivistiche nell'ambito dei delitti di pericolo astratto (e per il ruolo del bene protetto in questa tipologia di reati) v. N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983, 51 ss. e 162 ss.

<sup>101</sup> V., F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 104 ss.

completamente spiritualizzata – individuata tramite il metodo conoscitivo della *relazione ai valori*<sup>102</sup> – e, come tale, incapace di svolgere una funzione limitativa dell'ambito di operatività delle disposizioni penali; una concezione destinata a svilupparsi nell'accezione metodologica del bene giuridico – anch'essa debitrice dell'impostazione neokantiana –, idonea ad elevare a legittimo oggetto di tutela qualsiasi istanza di punizione, purché positivizzata dal legislatore<sup>103</sup>.

Come rilevato in precedenza nel presente paragrafo, la concorrenza, intesa come oggetto giuridico dell'art. 2635 Cc, possiede analoghe caratteristiche di bene spiritualizzato, per il quale sorge un ragionevole dubbio circa la sua identificabilità nel bene protetto, piuttosto che nella *ratio* della norma incriminatrice<sup>104</sup>.

6. Nel precedente paragrafo si è sostenuto che le variabili che condizionano in senso marcatamente soggettivistico l'attuale corruzione privata sono essenzialmente due: la struttura del fatto tipico ed il suo oggetto giuridico, nei limiti in cui esso è individuato nella concorrenza.

È stato più volte rilevato che, dal punto di vista della morfologia della fattispecie, l'attuale versione dell'art. 2635 Cc rappresenta l'esito di un lungo adeguamento della normativa interna alle menzionate fonti sovranazionali; di conseguenza, le probabilità di una rimodulazione *de lege ferenda* della corruzione privata in chiave oggettivistica – con inevitabile ritorno all'incoerenza rispetto al diritto eurounitario e del Consiglio d'Europa – appaiono decisamente inconsistenti.

Neppure pare praticabile la strada di un adeguamento interpretativo dell'art. 2635 Cc che non offre appigli testuali utili a valorizzare pienamente le componenti del fatto-reato idonee ad esprimere un disvalore sganciato dall'intenzione del soggetto attivo.

Sembra quindi opportuno rivolgersi all'oggetto giuridico del reato, la cui individuazione nella concorrenza potrebbe essere messa in discussione per verificare non solo la corretta identità del bene protetto, ma anche la sua capacità di filtrare i comportamenti meramente antagonisti rispetto all'etica economica promossa dal legislatore europeo e recepita da quello nazionale, rendendone più difficile l'ingresso

---

<sup>102</sup> In tema v., L. Oliva, *Il senso dei valori nell'etica rickertiana*, in *Idee. Rivista di filosofia e scienze dell'uomo*, 2008, 89 ss. e A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, cit., 12 ss.

<sup>103</sup> In argomento, si vedano, ad es. A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 68 ss.; A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, cit., 53 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 20 ss. G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 437 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, 77 ss.; A. Molari, *La tutela penale della condanna civile*, cit., 174 ss.

<sup>104</sup> In argomento, in relazione alle indicazioni testuali ricavabili dalle fonti sovranazionali, v. il par. 6.4.

nella sfera del penalmente rilevante.

Dal punto di vista metodologico, come già proposto, il percorso di determinazione dell'interesse protetto dall'art. 2635 Cc partirà dalla struttura complessiva della norma incriminatrice<sup>105</sup>, evitando astrazioni che non siano fondate su elementi scelti dal legislatore per esprimere il comportamento disvoluto e le sue modalità di repressione<sup>106</sup>.

6.1. Si è visto in precedenza<sup>107</sup> che nell'assetto in vigore dopo il d.lgs. 38/2017 l'oggettività giuridica della corruzione privata era contesa fra due interessi: quello c.d. lealistico, ancorato alla fisionomia della fattispecie incriminatrice e alla necessità di querela per i fatti che non comportassero una distorsione della concorrenza<sup>108</sup>, e quello concorrenziale, testimoniato dalla deroga alla procedibilità a querela di parte in caso di distorsione della concorrenza.

Effettivamente, l'ipotesi di procedibilità officiosa poteva rappresentare una spia del fatto che il legislatore avesse apprestato delle misure idonee ad aumentare le *chance* di repressione del fatto tipico in caso di distorsione delle condizioni di scambio di beni o servizi, con ciò lasciando intravedere una volontà di proteggere l'interesse concorrenziale tramite l'annullamento del potere discrezionale del mandante di impedire l'istaurazione del processo penale.

Successivamente, all'esito delle modifiche della l. 3/2019 alcuni Autori si erano espressi nel senso che la perdita della condizione di procedibilità consentiva di ritenere che l'art. 2635 Cc trasmigrasse completamente verso la tutela di interessi pubblicistici, da individuarsi inevitabilmente nella concorrenza<sup>109</sup>.

Occorre, in prima battuta, verificare se, effettivamente, la generalizzata procedibilità d'ufficio abbia mutato la fisionomia identitaria della fattispecie in modo sufficiente a giustificare un cambio di paradigma nell'oggettività giuridica, al netto delle altre considerazioni che militavano – e militano tutt'ora – per la qualificazione della norma in termini di infedeltà<sup>110</sup>.

Da un punto di vista logico, la scomparsa della condizione di procedibilità opera

---

<sup>105</sup> V. gli Autori citati alla nota 32.

<sup>106</sup> In argomento v. C.E. Paliero, *Il Mercato della Penalità*, Torino 2021, 31 ss.

<sup>107</sup> Par. 3.

<sup>108</sup> La formula dell'abrogato co. quinto dell'art. 2635 Cc presentava notevoli affinità con la concezione microeconomica; cfr. E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 385 ss.

<sup>109</sup> V. gli Autori citati alla nota 48.

<sup>110</sup> Sulle quali v. *infra* nel corpo del testo.

sottraendo al soggetto passivo la titolarità del potere di disporre dell'azione penale in tutte le ipotesi in cui il *pactum sceleris*, benché attuato, non incide sulla corretta allocazione di beni e servizi.

La modifica della l. 3/2019 attesta che lo Stato ha interesse a perseguire tutti gli accordi fra l'intraneo ed i terzi che siano caratterizzati dalla violazione dei doveri d'ufficio o di fedeltà, indipendentemente dall'effetto sulla concorrenza.

Sembra, quindi, corretto ritenere che – con l'eliminazione della procedibilità a querela – il legislatore non abbia espanso il campo di applicazione del modello della concorrenza, bensì di quello c.d. lealístico<sup>111</sup>: prima del 2019 l'esistenza o l'assenza di un danno alla concorrenza era idoneo a condizionare la concreta tutela del rapporto di fedeltà fra mandatario e mandante, rispettivamente sottraendo o attribuendo a quest'ultimo la facoltà discrezionale di impedire l'accertamento giudiziale del fatto; oggi non più, poiché gli interessi diversi dalla concorrenza sono sempre tutelati, anche contro la volontà del mandante<sup>112</sup>, indipendentemente dagli effetti derivanti dall'attuazione del *pactum sceleris*.

Breve: diversamente da quanto accadeva fino al 2019, attualmente nella fisionomia della fattispecie è irrilevante che si verifichi o meno una lesione delle condizioni di acquisizione di beni e servizi, il che non sembra indicare che il legislatore abbia inteso privilegiare la tutela della concorrenza.

Inoltre, da un punto di vista teorico, la tesi qui criticata suggerisce che i reati procedibili d'ufficio siano sempre espressivi della tutela di beni sovraindividuali.

Tuttavia, la procedibilità d'ufficio – situazione normale, vigendo l'art. 112 Cost. – non è univocamente indicativa del fatto che il bene protetto abbia sempre e solo natura collettiva, essendovi numerosi esempi di reati procedibili d'ufficio posti a tutela di beni individuali<sup>113</sup>. Semmai, pare maggiormente condivisibile la notazione speculare e cioè che i reati procedibili a querela sono spesso posti a tutela di interessi privatistici e disponibili della persona offesa<sup>114</sup>; per queste categorie di reato la deviazione dal

---

<sup>111</sup> In senso concorde v. A. Melchionda, *La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati"*, cit., 73 ss.

<sup>112</sup> In questo senso potrebbe essere corretto ritenere che il legislatore abbia pubblicizzato il modello c.d. lealístico, nel senso che ha reso indisponibile per il mandante l'accertamento processuale e la sanzione dei comportamenti che ledono i doveri di ufficio o quelli di fedeltà.

<sup>113</sup> A questo proposito si possono segnalare, fra gli altri, il furto in abitazione, la rapina, l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione, la rissa di cui all'art. 588 co. 1 Cp (ritenendo, come sembra inevitabile, che si tratti di un reato contro l'incolumità individuale; in questo senso v. F. Basile, *Il delitto di rissa (art. 588 Cp). Teoria e prassi*, Roma 2014, 20 ss.).

<sup>114</sup> Questa, ad es. è stata la *ratio* dell'intervento recentemente operato dall'art. 2 d.lgs. 150/2022 relativamente alla procedibilità a querela in varie ipotesi di reati contro il patrimonio o contro la persona (cfr. *La Relazione*

principio di obbligatorietà dell'azione penale si giustifica in ragione della prevalenza dell'interesse individuale sull'interesse collettivo<sup>115</sup>.

Di conseguenza, il fatto che una fattispecie passi dalla procedibilità querela a quella d'ufficio non appare indicativo del fatto che essa diventa presidio di interessi sovraindividuali; se essa garantiva un bene individuale la medesima tutela è compatibile con la modifica del regime di procedibilità.

Circostanza che, tutto sommato, appare confermata dal fatto la querela «*non è elemento essenziale del reato in cui è richiesta, poiché non concorre mai a definire il tipo di illecito e il contenuto di disvalore di azione e/o di evento suo proprio, presupponendolo già integralmente dato*»<sup>116</sup>, con la conseguenza che la sua presenza o assenza non appare strutturalmente idonea ad incidere sull'oggettività giuridica di un delitto.

Una volta appurato che l'oggettività giuridica dell'art. 2635 Cc non è influenzata dalla scomparsa della procedibilità a querela disposta dalla l. 3/2019, è necessario riprendere l'ipotesi di partenza: la concorrenza (macro o microeconomica) può essere individuata come oggetto di tutela della corruzione privata, alla luce delle peculiarità della norma incriminatrice oggi vigente?

La valutazione del nucleo di disvalore del fatto tipico non suggerisce affatto che la corruzione privata sia posta a salvaguardia della concorrenza.

Come si è visto, l'art. 2635 Cc vigente punisce il mero accordo fra intraneo ed estraneo finalizzato alla violazione, da parte del primo, dei doveri funzionali derivanti dalla sua posizione<sup>117</sup>.

---

*illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 20.10.2022, 320 ss.). Vi sono, tuttavia, anche reati procedibili a querela dotati di oggettività giuridica che presenta ampie sfumature pubblicistiche (ad es. artt. 388 e 388-bis Cp).

<sup>115</sup> Con la precisazione che l'eccezione all'obbligatorietà dell'azione penale è dettata anche da altre ragioni, come la tutela della sfera privatissima della persona offesa (delitti in materia sessuale) o la salvaguardia dei rapporti fra autore e vittima del reato (art. 649 co. 2 Cp); cfr. G.D. Pisapia, *Compendio di procedura penale*, Padova 1982, 154; G. Battaglini, *La querela*, Torino 1958, 12 ss. e, in ottica parzialmente diversa, F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano 1993, 37 ss.

<sup>116</sup> M. Romano, *Pre-Art. 120*, in M. Romano - G. Grasso, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano 2012, 288.

<sup>117</sup> Com'è noto, l'art. 2635 co. 1 Cc prevede anche condotte di mera sollecitazione o di offerta che non trovano riscontro, rispettivamente, nell'*extraneus* o nell'*intraneus*. Trattandosi di ipotesi di tentativo unilaterale assimilate nell'art. 2635-bis Cc (v., *infra*, par. 6.3.) esse non paiono idonee a rappresentare la *ratio* di un'anticipazione di tutela del bene giuridico, la cui individuazione dipende dalle modalità di realizzazione del delitto perfetto.

Rispetto alle precedenti versioni della corruzione privata, non è più necessario che l'attuazione del *pactum sceleris* comporti un documento all'ente di appartenenza dell'*intranus*. Anzi, non è richiesto nemmeno che l'accordo venga onorato dal corruttore, con la dazione dell'utilità illecita, o dal corrotto, con l'effettuazione della condotta compravenduta.

In questo contesto, gli elementi che contraddistinguono la norma incriminatrice sono rappresentati dal *denaro o altra utilità non dovuti* e dall'*atto in violazione del dovere di ufficio o di fedeltà*.

Il denaro o le altre utilità rappresentano, ovviamente, il prezzo per il compimento dell'atto infedele. La legge qualifica espressamente come «non dovuta» la prestazione – patrimoniale o meno – promessa o richiesta in vista della violazione dei doveri di ufficio o di fedeltà. Questa caratterizzazione, da taluno reputata inutile<sup>118</sup>, sottolinea il legame fra la condotta tipica ed i profili di infedeltà dell'intraneo, tant'è che, secondo un'autorevole voce dottrinale, la mera accettazione di una retribuzione non dovuta potrebbe costituire di per sé una violazione dei doveri d'ufficio<sup>119</sup>.

Bisogna, quindi, identificare per sommi capi i contenuti dei doveri d'ufficio o di lealtà che devono caratterizzare l'atto che il corrotto ha in proposito di compiere al momento della perfezione del reato ed in ragione della promessa di un compenso estraneo a quello attribuito dall'organizzazione di appartenenza.

Per quel che riguarda i doveri d'ufficio, essi sono rintracciabili innanzitutto nelle disposizioni civilistiche che regolamentano le funzioni attribuite ai soggetti qualificati dell'art. 2635 Cc. In dottrina si discute, tuttavia, se detti doveri possano derivare solo dalla legge<sup>120</sup> oppure anche da fonti diverse come quelle regolamentari, statutarie o

---

<sup>118</sup> V. Militello, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., 588, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 354; contra A. Rossi, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati*, cit., 763.

<sup>119</sup> S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 723, facendo leva sulla possibilità che vi siano regole di condotta aziendali che proibiscano l'accettazione di retribuzioni non dovute (o regalie) da parte di terzi. Secondo il medesimo Autore, questa impostazione potrebbe comportare l'apertura dell'art. 2635 Cc alla corruzione impropria nel caso in cui si ritenesse che, una volta recepita l'indebita retribuzione in violazione dei doveri di ufficio, per integrare la condotta tipica fosse sufficiente il compimento di un qualsiasi atto. L'opposta tesi (secondo cui è necessario che anche l'atto esecutivo del *pactum sceleris* sia contrario ai doveri di ufficio) sembra però preferibile perché, diversamente, si punirebbe in assenza del dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice (l'evento' ulteriore di compimento dell'atto in violazione dei doveri d'ufficio o di lealtà si presenta logicamente e cronologicamente successivo al perfezionamento dell'accordo corruttivo).

<sup>120</sup> V., ad es., E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 242 e A.L. Maccari, *Art. 2635*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di F. Giunta, Torino 2002, 177.

disciplinari<sup>121</sup>. La seconda tesi appare l'unica aderente al testo normativo – che non si riferisce agli obblighi di legge –, con il limite della preventiva formalizzazione della regola di comportamento<sup>122</sup>. Indipendentemente dalla fonte, il denominatore comune dei doveri d'ufficio è il divieto di operare in contrasto con gli interessi dell'ente (sia nel caso dei soggetti ad esso legati da un rapporto organico, sia nel caso dei lavoratori subordinati)<sup>123</sup>.

Un discorso analogo vale per i doveri di fedeltà; la formula normativa – di per sé indicativa della necessità di anteporre l'interesse del mandatario a qualsiasi altro interesse<sup>124</sup> – rimanda immediatamente all'art. 2105 Cc i cui contorni, tuttavia, risultano piuttosto ampi ed indefiniti in ragione della giurisprudenza civile che interpreta questa norma in combinato disposto con quelle che disciplinano i principi di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni (artt. 1175 e 1375 Cc)<sup>125</sup>. Sicché la reale portata selettiva – rispetto ai doveri di ufficio – dei doveri di fedeltà appare piuttosto scarsa, con la conseguenza che secondo parte della dottrina, gli obblighi di fedeltà dovrebbero ricadere all'interno di quelli di ufficio<sup>126</sup>; da qui deriva, infine, la considerazione che l'unica funzione degli obblighi di fedeltà potrebbe essere quella di individuare, per i soggetti subordinati del secondo co. dell'art. 2635 Cc, un referente legislativo di rango analogo ai doveri d'ufficio previsti dal codice civile per sindaci ed amministratori<sup>127</sup>.

In definitiva, i nuclei strutturali del fatto tipico mal si adattano al paradigma della tutela della concorrenza in quanto illuminano esclusivamente il corretto atteggiarsi della relazione tra mandatario e mandante.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, accertata l'irrilevanza del mutamento del regime di procedibilità del reato, pare corretto ritenere che la struttura della fattispecie vigente accredita l'accoglimento del modello c.d. lealistico anziché di quello pubblicistico-concorrenziale<sup>128</sup>.

---

<sup>121</sup> V., ad es., P. Aldovrandi, *Art. 2635 Cc*, cit., 212 e A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, IX, Milano 2012, 314

<sup>122</sup> F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 532.

<sup>123</sup> S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 722 ss.

<sup>124</sup> In questi termini v. ancora S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 723.

<sup>125</sup> A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 705 ss.

<sup>126</sup> V., ad es., A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 708 ss.; A. Melchionda, *Art. 2635 Cc*, cit., 2700.

<sup>127</sup> V., oltre agli Autori citati alla nota 36, M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 50.

<sup>128</sup> A conferma di quanto sostenuto nel corpo del testo si potrebbe portare l'esempio della fattispecie francese di cui all'art. 445-1 del *Code pénal*, rubricato *De la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique*. Similmente alla vigente corruzione privata italiana, questa norma incriminatrice punisce il mero accordo

Come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo, il modello basato sulla fedeltà dell'intraneo al proprio ente, oltre ad essere calzante rispetto al nucleo di disvalore del fatto tipico dell'art. 2635 Cc, è anche coerente con numerose altre caratteristiche del complessivo sistema di repressione della corruzione privata.

6.2. Se si parte dalla struttura della norma incriminatrice non si può che constatare che la corruzione privata reprime un comportamento la cui unica nota di tipicità risiede nella violazione degli obblighi di lealtà dell'intraneo rispetto alla sua organizzazione; infedeltà caratterizzata dall'accettazione di un compenso estraneo a quello garantito dallo svolgimento dei suoi compiti e nella finalizzazione di quel compenso verso un atto contrario ai doveri che contraddistinguono la posizione ricoperta, nell'ambito dell'organizzazione di appartenenza. Questa osservazione è confermata dalla valutazione diacronica dell'art. 2635 Cc poiché la successiva introduzione del dovere di fedeltà accanto agli obblighi di ufficio – proprio in ragione della difficoltà di assegnare al primo un ambito di rilevanza autonomo rispetto ai secondi – «dimostra la centralità rivestita, all'interno del reato di corruzione privata,

---

corruptivo finalizzato al compimento o all'omissione di un atto, in violazione degli obblighi contrattuali, legali o professionali dell'intraneo (in argomento v., P. T. Persio, *Il reato di corruzione tra privati nell'esperienza italiana e francese a: modelli di tutela a confronto*, in *CP* 2015, 4257 ss. e E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 61 ss., e la dottrina francese *ivi* citata, anche per l'illustrazione dell'evoluzione normativa). La struttura dell'art. 445-1 *Code pénal* è indicativa della tutela di un bene individuale legato al corretto svolgimento dei rapporti fra mandatario e mandante in quanto si rivolge, esclusivamente, alla violazione dei doveri di correttezza dell'intraneo nei confronti dell'ente (in questo senso v. C. André, *Droit pénal special*, Parigi 2021, 458 ss.; W. Jeandidier, *Corruption e traffic d'influence*, Parigi 2018, 128 ss.). *Contra*, v. P.T. Persio, op cit. loc. cit., nota 66 che, ritiene che la norma in discussione tuteli l'ordine economico pubblico e la lealtà nella concorrenza, facendo leva sull'intenzione del legislatore storico, secondo cui «l'insertion de ces nouvelles dispositions dans le code pénal au titre des atteintes à la confiance publique, et non dans le code du travail, témoigne du fait que la corruption dans le secteur privé excède très largement le seul cas des personnes concernées en portant atteinte à l'ordre public économique doit, à ce titre, figurer dans le droit pénal général et non dans le droit pénal spécial» (E. Blessig, *Rapport sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la justice*, documento dell'Assemblée Nationale n. 2291, 28 disponibile all'indirizzo [www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2291.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2291.asp)). Tuttavia (anche prescindendo dal fatto che il legislatore storico non sembra far riferimento alla concorrenza, ma solo all'ordine pubblico economico come – problematica – declinazione della fede pubblica) è stato condivisibilmente osservato che «Si un faux-monnayeur ou un faussaire mine assurément la confiance publique, il est difficile d'en dire autant pour un salarié d'une entreprise privée corrompu ou pour son corrupteur. Le cadre n'est pas le même. La confiance publique n'est que très indirectement affectée, la probité étant la valeur première atteinte en l'occurrence» (W. Jeandidier, *Corruption e traffic d'influence*, cit., 129). In senso intermedio v. E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 63 secondo cui l'art. 445-1 *Code pénal* incarna il modello c.d. lealístico, con qualche apertura verso quello della concorrenza.

dal rapporto tra l'agente ed il principale»<sup>129</sup>.

Di conseguenza, il bene giuridico che viene lesa dal comportamento tipizzato e disolto dal legislatore è inevitabilmente legato al rapporto di fedeltà fra l'ente ed il suo funzionario; la struttura dell'art. 2635 Cc rimanda solo al modello c.d. lealístico<sup>130</sup> in senso soggettivo<sup>131</sup>.

Il bene giuridico così individuato appare coerente con alcune peculiari caratteristiche del sistema repressivo disegnato dagli artt. 2635, 2635-bis e 2635-ter Cc che, invece, sarebbero di difficile giustificazione partendo da una concezione concorrenziale dell'interesse tutelato.

In primo luogo, l'art. 2635 co. 2 Cc prevede una pena più che dimezzata (reclusione fino ad un anno e sei mesi, invece che da uno a tre anni) nel caso in cui l'intraneo corrotto sia sottoposto alla vigilanza di un amministratore, direttore generale o dirigente.

La più modesta carica di disvalore associata al fatto commesso da persone che rivestono un ruolo di minor rilievo nell'organizzazione dell'ente può trovare spiegazione solo nell'ottica c.d. lealística<sup>132</sup>: man mano che si scende nella gerarchia dell'organizzazione diminuisce anche il gradiente di immedesimazione negli scopi e negli interessi dell'ente e, conseguentemente, la riprovevolezza della violazione del dovere di conformarsi ai fini che il mandante assegna all'organizzazione.

Viceversa, adottando un modello concorrenziale, il fatto del subordinato può ingenerare lo stesso effetto pericoloso di quello dell'apicale<sup>133</sup> e, quindi, esprime la

---

<sup>129</sup> S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 723; nel medesimo senso v. A. Spina, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 709.

<sup>130</sup> In questi termini v. E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 322 ss. In senso solo parzialmente conforme si è espressa la dottrina che ha individuato nel rapporto di fedeltà fra mandatario e mandante il nucleo essenziale della tutela che, però, sarebbe estesa anche altri interessi esterni all'ente (principalmente la concorrenza); v. gli Autori citati alla nota 46.

<sup>131</sup> Il modello soggettivo di lealtà si concentra sulla conformità dell'agire dell'intraneo rispetto all'interesse che l'ente assegna alla propria attività (c.d. *reasons-based loyalty*); in senso oggettivo, la lealtà consiste nel perseguire oggettivamente il miglior interesse del mandante, indipendentemente da come quest'ultimo concepisce ed indirizza la propria attività (c.d. *deeds-based loyalty*); come è stato notato, la tutela della fedeltà in senso oggettivo tende a perdere autonomia concettuale rispetto alla tutela delle ragioni patrimoniali del mandante (su questa tassonomia e sui rapporti fra modello di fedeltà oggettivo e modello patrimoniale v. A. Spina, *Punire la corruzione privata?*, cit., 821 ss.). Di conseguenza, in un contesto come quello dell'art. 2635 Cc nel quale il modello patrimoniale è stato escluso *ex lege*, sembra inevitabile optare per una concezione soggettiva del modello c.d. lealístico.

<sup>132</sup> In questo senso si esprimono, ad es., S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 727 e R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 8.

<sup>133</sup> Si pensi, ad es., ad un soggetto che, per ottenere la falsificazione di un documento interno necessario per l'istruttoria sulla concessione di un finanziamento in assenza delle condizioni, corrompe un semplice

medesima meritevolezza di pena in senso quantitativo.

Similmente, in secondo luogo, la mancata elencazione dei consulenti come soggetti attivi del reato di cui all'art. 2635 Cc è coerente con il modello basato sulla violazione degli obblighi di fedeltà perché il consulente è estraneo ai doveri di lealtà che vincolano i soggetti intranei dell'organizzazione, pur nella consapevolezza che, come si è visto<sup>134</sup>, sul punto la normativa italiana appare ancora in contrasto con la Decisione quadro 2003/568/GAI e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa<sup>135</sup>. All'opposto, questa esclusione farebbe fatica a giustificarsi in un modello concorrenziale, dove il consulente è in grado di operare in modo idoneo a porre in pericolo il bene della concorrenza, se richiesto dal corruttore<sup>136</sup>.

In terzo luogo, il modello della fedeltà è coerente col fatto che l'art. 2635-ter Cc contiene una particolare disciplina delle sanzioni accessorie interdittive.

L'art. 2635-ter Cc dispone che, in caso di recidiva, si applichi comunque l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche prevista dall'art. 32-bis Cp, ma solo ai soggetti apicali del primo co. dell'art. 2635 Cc o del secondo co. dell'art. 2635-bis Cp.

Il fatto che la sanzione interdittiva sia prevista solo per il corrotto (o l'istigatore) che riveste una posizione apicale – e non per il dipendente infedele, ma subordinato, o per il corruttore *extraneus* – è ulteriormente coerente con la tutela del rapporto di fedeltà fra mandante e mandatario<sup>137</sup>. La congruenza rispetto al modello della fedeltà si manifesta ad un duplice livello: innanzitutto l'esclusione dell'*extraneus* come possibile destinatario della sanzione accessoria e, poi, la selezione nell'ambito degli intranei dei

---

funzionario di banca oppure il direttore della filiale. Nell'ottica della concorrenza il risultato sarebbe il medesimo, ma nel primo caso l'intraneo avrebbe una punizione minore.

<sup>134</sup> V. par. 2.1.

<sup>135</sup> Che, coerentemente, descrivono la contrarietà dell'atto del mandatario rispetto agli interessi del mandante come violazione di un dovere (art. 2 della Decisione quadro e artt. 7 e 8 della Convenzione). La definizione eurounitaria di «violazione del dovere» (art. 1 della Decisione quadro) comprende anche la violazione di regole deontologiche («normative professionali» o «istruzioni professionali»). Questa osservazione suggerisce che se, *de lege ferenda*, il legislatore dovesse inserire chi svolge attività professionale in favore dell'ente nel catalogo dei soggetti attivi dell'art. 2635 Cc e, contestualmente, allargasse gli obblighi di fedeltà ai canoni deontologici del professionista, vi potrebbe essere comunque compatibilità con il modello c.d. lealístico, inteso in una accezione più ampia.

<sup>136</sup> Ad es. l'avvocato che viene corrotto dal concorrente del proprio cliente per rendere un parere stragiudiziale che implica un beneficio per il corruttore (in adesione al prevalente orientamento che ritiene il reato di patrocinio infedele configurabile solo in presenza di un procedimento giudiziale già incardinato; v., da ultimo, Cass. 8.4.2019 n. 15318, *italgiure.giustizia.it*).

<sup>137</sup> In questi termini v., nuovamente, S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 727 e, tra gli altri, F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 520 ss.

soli soggetti più saldamente legati da doveri fiduciari nei confronti dell'ente.

Nell'ottica concorrenziale, invece, non solo l'*extraneus* sarebbe meritevole della sanzione accessoria tanto quanto l'*intraneus*<sup>138</sup> ma, anche, sarebbe indifferente se il fatto fosse commesso da un intraneo che riveste un ruolo apicale ovvero da un subordinato.

In senso contrario si potrebbe, però, evidenziare come le regole dell'art. 2635-ter Cc siano destinate ad avere un modestissimo impatto concreto alla luce della normale sfera di operatività dell'art. 32-bis Cp. Quest'ultimo, com'è noto, stabilisce che deve essere disposta *ex lege* l'interdizione dagli uffici direttivi di una persona giuridica (amministratore, sindaco liquidatore, ecc.) o, comunque, da ogni altra carica che implica un potere di rappresentanza dell'ente o dell'impresa, in caso di condanna superiore a sei mesi di reclusione per fatti commessi in violazione dei doveri di ufficio. Di conseguenza, stante la strutturale violazione del dovere d'ufficio insita nella corruzione privata di un apicale, l'art. 2635-ter Cp risulta autonomamente idoneo al suo scopo solo nel caso di condanne inferiori ai sei mesi<sup>139</sup>. Non sembra che, nel caso della corruzione privata consumata, questa eventualità si possa verificare molto di frequente, data la cornice edittale prevista dalla norma incriminatrice; per scendere sotto i sei mesi sarebbe necessaria la condanna nella misura minima di un anno e le ulteriori diminuzioni garantite dalle circostanze attenuanti prevalenti e dalla scelta del rito abbreviato<sup>140</sup>. Più verosimile, invece, l'ipotesi dell'autonoma operatività dell'art. 2635-ter Cc in relazione all'art. 2635-bis Cp che, presentando un minimo edittale di otto mesi di reclusione, può comportare la condanna al di sotto della soglia dei sei mesi anche solo tramite la scelta del rito. Inoltre, occorre ricordare che l'art. 2635-ter Cp riguarda solo i casi di seconda condanna per corruzione privata tentata o consumata, il che può avere un notevole influsso sulla dosimetria sanzionatoria *ex art.* 99 Cp

---

<sup>138</sup> Partendo dall'impostazione teorica secondo cui le pene accessorie interdittive hanno finalità di neutralizzazione del reo o, comunque, specialpreventiva; cfr., nel primo senso, P. De Felice, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano 1988, 89 e A. Pagliaro, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *RIDPP*, 1979, 1202 ss. e, nel secondo senso, P. Pisa, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano 1984, 22.

<sup>139</sup> L'operatività anche al di sotto dei sei mesi di reclusione rappresenta l'intenzione del legislatore storico, come ricavabile dalla *Relazione illustrativa allo schema del D.lgs. n. 38/2017*, 3 ss., reperibile all'indirizzo [www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione\\_illustrativa\\_86.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione_illustrativa_86.pdf).

<sup>140</sup> Estremamente dubbia è la possibilità che la formula normativa dell'art. 2635-ter Cc, secondo cui la seconda condanna comporta «in ogni caso» la pena interdittiva, possa essere letta nel senso di rendere irrogabile questa sanzione accessoria nell'ipotesi di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti. In senso negativo, in conformità al canone dell'*ubi voluit dixit*, depone il l'art. 445 co. 1-ter Cpp che, in esplicita deroga al divieto espresso dal precedente co. primo, rende facoltativamente applicabili le sanzioni accessorie di cui all'art. 317-bis Cp in caso di patteggiamento per alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

(eventualmente aggravato o pluriaggravato) e riportare rapidamente la quantità di pena sopra i sei mesi.

Tuttavia, il fatto che, per come è strutturato, l'art. 2635-ter Cc abbia un ristretto campo applicativo non inficia l'osservazione iniziale: il legislatore ha introdotto un'ipotesi speciale di applicabilità dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi coerente con il solo modello c.d. lealistico. Viceversa, questo elemento del complessivo sistema della repressione della corruzione tra privati avrebbe deposto nel senso di un modello concorrenziale se il legislatore avesse derogato le regole dell'art. 32-bis Cp, per includere anche il corruttore o il corrotto che riveste un ruolo subordinato fra i destinatari della sanzione interdittiva<sup>141</sup>.

In quarto luogo, sebbene non esattamente contenuta negli art. 2635 ss. Cc vi è un'ulteriore caratteristica normativa che appare compatibile con il modello della fedeltà, ma non con quello della concorrenza: la responsabilità da reato dell'ente è prevista solo per la corruzione attiva giacché l'art. 25-ter lett. s-bis) d.lgs. 231/2001 stabilisce che l'ente è punito in caso di commissione del reato presupposto di cui agli artt. 2635 co. 3 Cc e, con una sanzione minore, 2635-bis co. 1 Cc.

Al momento dell'introduzione della citata lettera s-bis nell'art. 25-ter d.lgs. 231/2001 (avvenuto con la l. 190/2012), la corruzione privata era un reato d'evento che richiedeva, per l'integrazione, un documento all'ente di appartenenza del corrotto. In questo contesto si spiegava logicamente la scelta di escludere la responsabilità dell'ente per la corruzione passiva, essendo impensabile che il corrotto realizzasse il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, cagionandogli contestualmente un pregiudizio suscettibile di valutazione economica<sup>142</sup>.

Il legislatore, con il d.lgs. 38/2017, ha espunto il requisito del documento dall'art. 2635 Cc e, sul versante del d.lgs. 231/2001, si è limitato ad allargare il catalogo dei reati presupposto alla neointrodotta fattispecie di istigazione alla corruzione attiva, senza alcun intervento sulla responsabilità dell'ente per la corruzione passiva (perfetta o tentata). La diversa fisionomia dell'art. 2635 Cc avrebbe consentito una scelta

---

<sup>141</sup> Come, del resto, avrebbe potuto fare nel recepimento della Decisione quadro 2003/568/GAI. Si è visto al par. 2.1, che la mancata applicabilità dell'art. 2635-ter Cc all'*extraneus* rappresenta una deviazione dalle prescrizioni dell'art. 4 par. 3 della Decisione quadro. Non sembra che la stessa difformità possa riscontrarsi in relazione alla scelta italiana di escludere l'interdizione per i soggetti non apicali, dato che simile eventualità è ammessa proprio dalla disposizione appena menzionata (la persona fisica condannata per le condotte di corruzione attiva o passiva deve essere anche oggetto di una sanzione interdittiva temporanea «perlomeno qualora occupasse una posizione dirigenziale in una società nell'ambito dell'azienda interessata»).

<sup>142</sup> Cfr. M. Lavacchini, *La responsabilità dell'ente per i delitti di corruzione*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale dell'economia*, cit., II, 2795 ss.

differente: si pensi, innanzitutto, al fatto che l'episodio corruttivo può portare reciproco vantaggio all'ente del corrotto e all'ente del corruttore<sup>143</sup>; in questi casi l'applicazione dei normali criteri imputativi della responsabilità all'ente consentirebbe la punizione della persona giuridica di cui fa parte il corrotto, oltre che dell'ente del corruttore<sup>144</sup>.

Di conseguenza, nella versione attuale dell'art. 25-ter lett. s-bis) d.lgs. 231/2001 la scelta legislativa di non punire l'ente per la corruzione passiva non è più un'opzione logicamente obbligata, ma risponde ad altre *rationes*.

Concentrando l'attenzione sul dato positivo, si deve rilevare che il legislatore esclude che la *societas* possa essere chiamata a rispondere nell'ipotesi in cui il proprio esponente accetti una retribuzione indebita per commettere un atto in violazione dei doveri d'ufficio o di fedeltà.

Si profila, nuovamente, un ruolo determinante della violazione dell'obbligo di fedeltà del mandatario che, oltre a quanto già visto, comporta l'irresponsabilità ex d.lgs. 231/2001 del mandante; un modello che è stato definito come iper-lealístico<sup>145</sup>, dove l'ente-mandante non risponde anche se ha tratto un vantaggio dall'episodio di corruzione passiva in quanto il disvalore di quel beneficio illecito è completamente annullato dalla lesione dell'aspettativa di fedeltà del proprio mandatario.

Al contrario, la mancata punizione dell'ente per la corruzione passiva non è conforme al modello della concorrenza, perché «entrambi gli enti in cui viene realizzata la corruzione privata, nel quadro della tutela della concorrenza, concorrono ad alterare la concorrenza 'a danno' di enti terzi»<sup>146</sup>.

Anche in relazione alla responsabilità dell'ente, quindi, la fisionomia del sistema repressivo della corruzione privata indica la preferenza del legislatore per il modello c.d. lealístico sebbene, come già evidenziato, questa scelta comporta l'incompleta attuazione dell'art. 5 della Decisione quadro 2003/568/GAI, che richiedeva la punizione della *societas* indistintamente per corruzione attiva o passiva.

---

<sup>143</sup> Ad es. la corruzione del responsabile di un ente certificatore consente al corruttore di ottenere la certificazione in assenza dei requisiti ed all'ente del corrotto di incamerare un compenso pieno, comprensivo anche della fase di verifica ed emissione del certificato. Questo esempio è mutuato, con qualche adattamento, da R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 7.

<sup>144</sup> In questo senso v. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 546.

<sup>145</sup> Da S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 728. In senso concorde v. E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 322; R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 6.

<sup>146</sup> A. Rossi, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati*, cit., 754.

6.2.1. Assodata la presenza di numerosi elementi strutturali che depongono a favore del modello della fedeltà, è necessario verificare se ve ne siano altri che, invece, siano incompatibili con un'oggettività giuridica che gravita attorno ai doveri di fedeltà fra mandatario e mandante.

In senso affermativo si è espressa parte della dottrina<sup>147</sup>, secondo cui la punizione dell'*extraneus* non sarebbe compatibile con il modello della fedeltà perché il corruttore non è vincolato da obblighi di ufficio o di fedeltà verso l'organizzazione del corrotto.

In realtà, la punizione dell'estraneo è assolutamente plausibile anche nella prospettiva c.d. lealistica perché costui, con la propria condotta, contribuisce alla creazione di un rapporto consensuale la cui unica ragion d'essere è la violazione dei doveri di ufficio o di fedeltà da parte del soggetto qualificato intraneo.

Tuttavia, anche questa impostazione ha destato perplessità in ragione della ritenuta incongruenza fra un'oggettività giuridica basata sui doveri di fedeltà del mandatario verso l'ente di appartenenza e l'identità di carico sanzionatorio per corrotto e corruttore; l'*extraneus* non dovrebbe rispondere quanto l'*intraneus*, essendo il primo avulso dal reticolo dei doveri di fedeltà al mandante, al contrario del secondo<sup>148</sup>.

Anche tale obiezione appare risolvibile: l'*extraneus*, concorrendo alla creazione del *pactum sceleris*, assume il medesimo gradiente di infedeltà che possiede il corrotto nei confronti del suo mandante e, pertanto, non si giustificerebbe una punizione minore per il corruttore<sup>149</sup>.

In definitiva, le caratteristiche strutturali della norma incriminatrice della corruzione privata e delle altre disposizioni che ne completano il sistema repressivo sono univocamente indicative del fatto che la tutela è focalizzata sul rapporto fiduciario fra mandatario e mandante e non sulla concorrenza. Al contrario, l'individuazione della concorrenza come bene giuridico protetto dalla corruzione privata appare un'operazione ermeneutica forzata, che identifica l'oggetto giuridico di una norma incriminatrice prescindendo dai suoi elementi caratterizzanti.

6.3. Una volta accertata la completa compatibilità del modello c.d. lealistico con la corruzione privata di cui all'art. 2635 Cc e, invece, la difficilissima conciliabilità della

---

<sup>147</sup> A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4661.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Diversamente, il modello c.d. lealistico suggerisce una minor sanzionabilità di un soggetto che presenta un minor grado di adesione agli scopi ed alle funzioni del mandante (è il caso dei soggetti di cui all'art. 2635 co. 2 Cc, come si è visto poc'anzi nel corpo del testo).

struttura della fattispecie con il modello concorrenziale, bisogna verificare se le medesime conclusioni possono essere raggiunte per il reato di istigazione alla corruzione privata.

Tuttavia, qualsiasi riflessione sull'art. 2635-bis Cc richiede una valutazione preliminare avente ad oggetto l'effettivo grado di autonomia di questo reato rispetto alla contigua fattispecie di corruzione privata dell'art. 2635 Cc.

Il problema si pone perché sia l'art. 2635 Cc sia l'art. 2635-bis Cc prevedono come fatto tipico l'iniziativa unilaterale dell'intraneo o del corruttore finalizzata alla stipulazione del *pactum sceleris*.

Nell'art. 2635 Cc, infatti, dal lato della corruzione passiva le condotte tipiche non sono solo quelle di ricezione o accettazione della promessa di utilità, ma anche quelle di sollecitazione; dal lato della corruzione attiva oltre alla dazione di utilità o alla promessa, si prevede la mera offerta. Come suggerito dalla rubrica, condotte analoghe sono previste nell'art. 2635-bis Cc: l'offerta o la promessa del corruttore si accompagnano alla sollecitazione del corrotto; tuttavia, solo nel caso dell'istigazione alla corruzione tra privati il legislatore precisa che l'offerta, la promessa o la sollecitazione devono essere rifiutate dalla controparte.

Come è stato subito notato, questa duplicazione sanzionatoria appare frutto di un errato recepimento dell'art. 3 della Decisione quadro 2003/568/GAI<sup>150</sup> che richiede agli Stati membri di adottare «le misure necessarie affinché l'istigazione ai tipi di condotta di cui all'art. 2 e il loro favoreggiamento siano puniti come reato». Tuttavia, l'art. 2 della Decisione quadro prevede come rilevanti solo condotte unilaterali di promessa, offerta e concessione (corruzione attiva) o sollecitazione e ricezione (corruzione passiva), in conformità ad un modello di corruzione fondato sulla unilateralità dei due estremi della relazione corruttiva, come avviene in molti paesi europei<sup>151</sup>. Quindi, essendo già stabilita la criminalizzazione della mera offerta/richiesta prodromica all'accordo criminoso, l'art. 3 della Decisione quadro, nella parte in cui richiede la punizione dell'istigazione delle condotte previste dal precedente art. 2, non può che rivolgersi a condotte di concorso morale nell'offerta del corruttore o nella richiesta del

---

<sup>150</sup> S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 720 e ss. che segnala anche l'inesatta traduzione del termine favoreggiamento che, nelle versioni in lingua inglese, francese, tedesca o spagnola della Decisione quadro, rimandano al concorso di persone nel reato e non al favoreggiamento. In argomento v. anche E. La Rosa, *Verso una nuova riforma della "corruzione tra privati": dal modello "patrimonialistico" a quello "lealistico"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.12.2016.

<sup>151</sup> Sui vari modelli di corruzione pubblica e per i necessari riferimenti comparatistici v., per tutti, A. Spina, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano 2003, 58 ss.

corrotto<sup>152</sup>.

Il legislatore italiano del d.lgs. 38/2017, invece, ha mutuato l'impostazione mercantile della corruzione pubblica, introducendo l'art. 2635-bis Cc con contenuti analoghi all'art. 322 Cp, ma contestualmente, ha modificato l'art. 2635 Cc ricomprendendovi anche le condotte unilaterali.

L'assetto vigente è foriero di notevoli problemi in quanto l'applicazione letterale degli artt. 2635 e 2635-bis Cc porterebbe a risultati poco comprensibili<sup>153</sup>: da un lato, la promessa/offerta/riciesta di un'indebita utilità perfezionerebbe il reato di corruzione privata ma, se la controparte rifiutasse la proposta, il reato già perfezionato ai sensi dell'art. 2635 Cc degraderebbe a tentativo unilaterale ex art. 2635-bis Cc; dall'altro, solo i soggetti apicali (o i corruttori degli apicali) si potrebbero avvantaggiare di questo meccanismo perché l'art. 2635-bis Cc non nomina mai i subordinati di cui all'art. 2635 co. 2 Cc (con il risultato paradossale che, in caso di mancata conclusione dell'accordo corruttivo, i meno gravi fatti dei subordinati non beneficiano della diminuzione di pena accordata alle più disolute condotte degli apicali).

Sembra quindi inevitabile un'interpretazione correttiva che assegni il giusto spazio alle due fattispecie in questione.

A questo scopo appare necessario valorizzare l'unico dato normativo idoneo a distinguere gli atti unilaterali dell'art. 2635 Cc da quelli dell'art. 2635-bis Cc, rappresentato dal fatto che nel caso della istigazione alla corruzione privata è previsto che l'offerta o la sollecitazione non debbono essere state accettate dal destinatario; simile specificazione è assente, invece, nell'art. 2635 Cc

Di conseguenza, volendo assegnare un diverso campo di applicazione alle due norme, se il requisito esplicito dell'istigazione alla corruzione privata è il mancato accordo, diventa inevitabile che la corruzione privata posseda come elemento implicito il perfezionamento del *pactum sceleris*; con la conseguenza che ai sensi dell'art. 2635 Cc saranno tipiche solo le sollecitazioni o le offerte che sfociano in un patto fra i due terminali della relazione corruttiva<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> In questo senso v., S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 141.

<sup>153</sup> In argomento v. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 530 ss.; S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 720 ss.

<sup>154</sup> In questo senso, pur con diverse motivazioni v. A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4649; E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 371; R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, cit., 632; L. d'Altilia, *Dove il leone perde può vincere la volpe*, cit., 590 ss.; F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 531; A. Spina, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 657 ss. Una diversa impostazione è stata proposta da V. Militello, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., 587 ss. che, valorizzando le diverse modalità dell'istigazione, ritiene che l'art. 2635-bis Cc riguardi la sollecitazione o l'offerta destinata a far sorgere *ex novo* un proposito criminoso (poi abbandonato tramite la mancata accettazione) mentre l'art. 2635 Cc sia relativo all'ipotesi in cui la condotta unilaterale rafforzi

Questa impostazione presta inevitabilmente il fianco ad alcune critiche<sup>155</sup>, ma pare preferibile in quanto, in un contesto di scarsa consapevolezza del legislatore, le alternative sarebbero ancor meno desiderabili: il mantenimento del problematico accavallamento dell'ambito applicativo degli artt. 2635 e 2635-bis Cc<sup>156</sup> ovvero l'abrogazione per via interpretativa di tutto l'art. 2635-bis Cc.

Una volta chiarito che l'ambito di applicazione dell'art. 2635-bis Cc riguarda i tentativi unilaterali di corruzione privata attiva o passiva appare più agevole risolvere l'interrogativo iniziale circa la conformità del modello della fedeltà anche all'ipotesi di istigazione alla corruzione privata.

L'art. 2635-bis Cc presenta il medesimo nucleo di disvalore della corruzione privata, in quanto è sempre normativamente previsto che l'offerta o la sollecitazione, per quanto non accettate, devono essere finalizzate al compimento di atti contrari agli obblighi di ufficio o di fedeltà.

L'unica differenza di struttura rispetto all'art. 2635 Cc riguarda, come si è visto, la posizione dei soggetti sottoposti; nella corruzione privata consumata costoro sono

---

un preesistente proposito criminoso che comunque non viene tradotto in un accordo con la controparte dal destinatario della offerta o della sollecitazione; in questa prospettiva, la maggiore pericolosità del rafforzamento di un proposito già esistente giustificherebbe una punizione analoga a quella prevista per la fattispecie consumata (in senso critico rispetto a questa impostazione v. A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 653 ss.). Un'ulteriore proposta interpretativa attribuisce all'art. 2635-bis Cc il ruolo di ipotesi circostanziale attenuata dell'art. 2635 Cc (E. Venafro, *Il nuovo reato di istigazione alla corruzione privata*, cit., 8 ss.).

<sup>155</sup> Gli aspetti problematici sono essenzialmente due e possono essere ragionevolmente ridimensionati. *In primis*, il fatto che in questo modo si realizzerebbe un'*interpretatio abrogans* delle condotte di sollecitazione e di offerta nell'art. 2635 Cc e, inoltre, che sarebbe inspiegabile l'impunità del tentativo di corruzione operato o subito dai soggetti sottoposti di cui al secondo co. del menzionato articolo (v. S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 142).

Quanto al primo aspetto, la dottrina (A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 659 ss.) ha posto in evidenza che, in realtà, la menzione delle condotte unilaterali nell'art. 2635 Cc può avere lo scopo di fissare il momento della consumazione della corruzione nel caso di iniziativa dell'intraneo. Infatti, se le condotte tipiche di costui fossero esclusivamente l'accettazione dell'offerta o della promessa dell'*extraneus*, la sollecitazione dell'*intraneus* accettata dal corruttore non sarebbe ancora penalmente rilevante, essendo necessaria una ulteriore conferma del primo tramite ricezione o accettazione della promessa di dazione del *quantum* pattuito. Invece, l'inclusione della sollecitazione consente di ritenere che la sollecitazione dell'intraneo cui fa seguito la promessa o l'offerta dell'estraneo integri immediatamente la fattispecie tipica. È pur vero che, in questo modo, non si salverebbe la condotta di offerta del corruttore ex art. 2635 co. 3 Cc dall'abrogazione implicita.

Quanto al secondo aspetto, oltre a quello che si vedrà *infra* nel corpo del testo, la spiegazione dell'assenza di punizione del tentativo unilaterale dei sottoposti o verso i sottoposti potrebbe trovare spiegazione in relazione alla minore meritevolezza di pena che questi fatti possiedono agli occhi del legislatore (testimoniata dal co. secondo dell'art. 2635 Cc, a prescindere dall'oggettività giuridica) che potrebbe ragionevolmente aver suggerito di non derogare, in questo caso, all'art. 115 Cp (sul fatto che la corruzione privata sia un reato a concorso necessario v., E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 350 ss. e la dottrina *ivi* citata).

<sup>156</sup> Nel senso che l'interferenza normativa che si verrebbe a creare non può essere risolta in modo accettabile utilizzando il criterio della specialità v. A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 655 ss.

puniti con una pena sensibilmente diminuita rispetto a quella prevista per gli apicali<sup>157</sup>, mentre nella corrispondente fattispecie istigatoria i sottoposti non sono proprio individuati fra i soggetti attivi della tentata corruzione passiva o attiva.

La mancata punizione dell'istigazione alla corruzione tra privati per i soggetti sottoposti può essere ritenuta coerente con il modello c.d. lealístico: dato che la violazione degli obblighi di fedeltà dei subordinati possiede una minore meritevolezza di pena, l'anticipazione della punibilità al tentativo unilaterale potrebbe non raggiungere quel grado di riprovevolezza che giustifica l'applicazione della sanzione penale, tenuto anche conto del fatto che l'art. 2635-bis Cc prevede una riduzione di pena sensibilmente inferiore a quella generalmente prevista dall'art. 56 Cp.

Questa esclusione, invece, diventa difficilmente spiegabile nell'ottica della concorrenza perché in relazione a questo interesse il gradiente di lesività del fatto consumato degli apicali non differisce da quello relativo alle condotte dei sottoposti<sup>158</sup>; per questa ragione l'anticipazione della tutela al tentativo dovrebbe valere per entrambe le categorie di soggetti, contrariamente a quanto previsto dall'art. 2635-bis Cc.

Da un differente punto di vista, ad un primo sguardo il modello della concorrenza potrebbe apparire maggiormente coerente con la struttura di pericolo concreto tipica del tentativo<sup>159</sup> (art. 2635-bis Cc), rispetto ad un reato che, nella forma consumata (art. 2635 Cc), è già qualificato come fattispecie di pericolo.

Infatti, se si seguisse l'impostazione dottrinale secondo cui il tentativo non è compatibile con i reati di pericolo concreto, ma è ammissibile per le fattispecie di pericolo astratto<sup>160</sup>, si dovrebbe concludere che l'art. 2635-bis Cc avrebbe diritto di cittadinanza nell'ordinamento solo se si individuasse nella concorrenza il bene protetto: l'istigazione alla corruzione privata sarebbe conforme ai principi generali solo partendo da un reato consumato che reprime il pericolo astratto (come avviene nel

---

<sup>157</sup> Si è detto (par. 6.2) che la diminuzione di pena si giustifica esclusivamente in ragione del minor grado di adesione agli scopi ed agli interessi dell'ente di cui è portatore il sottoposto, diversamente dall'apicale.

<sup>158</sup> Come si è visto nel par. 6.2.

<sup>159</sup> Sul punto, *ex multis*, I. Giacona, *Tentativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, VI, Milano 2006, 5883; G. Marinucci, *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *RIDPP* 2011, 8 ss. e, in giurisprudenza, Cass. 6.10.2020 n. 27705 in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>160</sup> In quanto, non essendo il pericolo elemento del fatto da accertare, è sufficiente che la condotta sia frazionabile e che il soggetto agente abbia iniziato l'esecuzione; v., ad es., O. Vannini, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano 1952, 98 ss. e G.A. De Francesco, *Diritto penale 2. Forme del reato*, Torino 2013, 106 ss. Seguendo questa impostazione, però, rimane aperto il problema del metro di giudizio del requisito dell'idoneità degli atti rispetto ad un pericolo di lesione che, nel reato consumato, è normativamente sempre ritenuto sussistente, oltre a quanto rilevato nella nota successiva.

modello concorrenziale) e non il pericolo concreto (com'è nel modello della fedeltà).

Tuttavia, l'argomento appena ipotizzato si basa su premesse fragili, essendo particolarmente dubbio che i reati di pericolo astratto – al pari di quelli di pericolo concreto – possano essere realizzati in forma tentata.

Seppur naturalisticamente concepibile, il tentativo di reato di pericolo sconta un irrisolvibile problema teorico rappresentato dalla notevole difficoltà di legittimare, dal punto di vista dell'offensività, l'avanzamento della soglia di tutela al pericolo di un pericolo<sup>161</sup>, indifferentemente astratto o concreto.

Questa constatazione suggerisce che, nella prospettiva della presente indagine, l'esistenza di una forma codificata di tentativo rappresentato dall'istigazione alla corruzione non può essere un argomento sistematico contro la concezione fidelistica del bene protetto perché, in relazione al tentativo unilaterale di corruzione privata, il modello della fedeltà e quello della concorrenza presentano i medesimi aspetti problematici.

6.4. Nelle pagine precedenti si è messo in luce come alcune delle caratteristiche strutturali dell'art. 2635 Cc che suggeriscono che il legislatore italiano abbia adottato una concezione della corruzione privata imperniata sul modello della fedeltà si pongono in contrasto con la Decisione quadro 2003/568/GAI.

Ciò non significa, tuttavia, che il modello della fedeltà – che sembra inevitabile leggere nell'art. 2635 Cc – sia strutturalmente incompatibile con le fonti europee.

---

<sup>161</sup> Infatti, l'istituzione di un presidio contro un pericolo al bene protetto, che è la *ratio essendi* del tentativo, è già realizzata dal reato di pericolo – astratto o concreto – e un'ulteriore anticipazione di tutela sarebbe ingiustificabile dal punto di vista della necessaria offensività; in questi termini v. F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 464 ss. e, nel medesimo senso, B. Petrocelli, *Il delitto tentato*, Padova 1966, 51 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 497; M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano 1994, 131; S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2017, 754; questa impostazione ricorre anche in giurisprudenza v., fra le più recenti, Cass. 20.7.2021 n. 27989, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 14.2.2018 n. 723, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 5.8.2016 n. 34667, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 29.1.2015 n. 4294, in *italgiure.giustizia.it*. Altra parte della dottrina ammette la configurabilità del tentativo nei reati di pericolo – senza distinguere fra astratto e concreto – nei limiti in cui il pericolo possa essere differentemente graduabile per il tentativo (minor pericolo) e per la consumazione (maggior pericolo, ma non lesione); cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 605 ss.; M. Romano, Art. 56, in *Commentario sistematico del Codice penale*, I, cit., 599 ss. e E. Morselli, *Tentativo*, in *DigDPen*, XIV, 1992, 200. Questa tesi – che dal punto di vista generale appare problematica in quanto legittima la punizione a titolo di tentativo anche di condotte che comportano una probabilità insignificante di lesione – ai limitati fini del presente lavoro non costituisce un argomento a favore della concezione concorrenziale della corruzione privata in quanto, pur nella diversa tipologia di pericolo, il modello della fedeltà e quello della concorrenza sembrano entrambi idonei ad assegnare alla proposta non accettata un pericolo minore rispetto al patto corruttivo, cui non segue l'atto compravenduto. In altri termini: il tentativo sarebbe legittimamente ipotizzabile per entrambi i modelli in discussione.

A questo proposito, bisogna preliminarmente sgombrare il campo dai profili di possibile contrarietà dell'assetto vigente in Italia con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, del 27.1.1999; infatti, in questo caso è stato il GRECO, in seguito alle modifiche di cui alla l. 3/2019<sup>162</sup>, a valutare come conformi alla Convenzione gli artt. 2635 ss. Cc Si è visto che il giudizio del GRECO è probabilmente troppo ottimista, ma le discrepanze tutt'ora presenti riguardano aspetti molto di dettaglio dell'incriminazione<sup>163</sup> che non sembrano essere in grado di influire sul modello di tutela prescelto dal legislatore italiano.

Un discorso differente vale, invece, per la Decisione quadro 2003/568/GAI il cui nono considerando dichiara che la corruzione (indifferentemente pubblica o privata) rappresenta «una minaccia allo stato di diritto e inoltre gener[a] distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacol[a] un corretto sviluppo economico». Questa affermazione del legislatore eurounitario potrebbe essere letta nel senso di una richiesta agli ordinamenti nazionali di introduzione di un reato che tutela direttamente la concorrenza<sup>164</sup>. Ovviamente, se così fosse, l'individuazione del modello c.d. lealistico nella corruzione tra privati proposta nel presente lavoro scontrerebbe il grosso costo di una non conformità alla fonte eurounitaria sovraordinata.

In realtà, è la stessa Decisione quadro, nella sua parte normativa, che chiarisce che gli Stati membri devono adottare una norma incriminatrice con le fattezze descritte all'art. 2 par. 1, prescindendo dalla tutela della concorrenza.

L'art. 2 par. 3 della Decisione quadro precisa che gli Stati membri, in sede di recepimento, possono dichiarare di voler limitare l'ambito di applicazione della corruzione tra privati ai fatti che danneggiano o pongono in pericolo il regolare svolgimento della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi commerciali.

Effettivamente, così è avvenuto per l'Italia che, nel vigore dell'art. 2635 Cc prima delle modifiche operate dalla l. 190/2012, aveva dichiarato di volersi avvalere di questa limitazione<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> V. la nota 26.

<sup>163</sup> Relative al novero dei soggetti attivi, v. par. 2.1.

<sup>164</sup> In argomento, pur con varietà di accenti, v. F. Consulich, *Art. 2635-2635-ter*, cit., 515, 523; S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 719 ss.; Id., *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 68; E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 27 ss.; F. Di Vizio, *Infedeltà patrimoniale e corruzione tra privati: la posta in gioco*, cit., 30 ss.

<sup>165</sup> Come risulta dalla Prima relazione della Commissione al Consiglio sull'attuazione della Decisione Quadro 2003/568/GAI, 7, disponibile all'indirizzo [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0328:FIN:IT:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0328:FIN:IT:PDF). In conformità a questa riserva il Progetto di legge comunitaria 2007 inizialmente approvato al Senato prevedeva la delega per l'introduzione di

Tuttavia, la facoltà per gli Stati membri di ridurre l'ambito di applicazione della corruzione privata alle sole condotte lesive o pericolose per la concorrenza era sottoposta ad un periodo di validità di cinque anni, che sono scaduti nel 2010 e che non sono stati rinnovati dal Consiglio, cui l'art. 2 par. 5 della Decisione quadro concedeva simile facoltà.

Da oltre dieci anni, quindi, la Decisione quadro esige l'incriminazione anche di fatti corruttivi privati che non cagionano o che non potrebbero nemmeno in astratto comportare la distorsione della concorrenza ma, che nella loro fisionomia, sono caratterizzati dalla violazione del dovere di un mandatario nei confronti del mandante (art. 2 par. 1), dove per violazione del dovere si intende un comportamento sleale che trasgredisca norme di legge o regole professionali applicabili a chi svolge funzioni direttive o comunque lavorative per un ente del settore privato (art. 1).

In sostanza, la Decisione quadro richiede la punizione di condotte individuate in piena conformità al modello della fedeltà, indipendentemente dalla lesione o dal pericolo per la concorrenza; di conseguenza, non sembra possibile che gli Stati membri debbano recepire una struttura della corruzione privata che rispecchi il modello concorrenziale.

Una conferma di questo assunto può essere tratta dall'esperienza tedesca.

Fino al 2015 il § 299 StGB prevedeva un reato di corruzione privata di stampo esclusivamente concorrenziale, che, in estrema sintesi, puniva l'accordo illecito finalizzato ad esercitare una preferenza sleale nell'acquisto di beni o servizi soggetti a concorrenza<sup>166</sup>.

Con la Legge per la lotta alla corruzione del 26.11.2015, nella dichiarata intenzione di recepire la Decisione quadro 2003/568/GAI<sup>167</sup>, il legislatore tedesco ha duplicato le condotte di corruzione privata attiva e passiva; oltre all'accordo indirizzato alla violazione delle regole della concorrenza leale, la versione vigente del § 299 StGB

---

una norma incriminatrice della corruzione privata che puniva l'accordo corruttivo finalizzato alla violazione dei doveri, sempreché tale condotta comportasse o potesse comportare una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e di servizi; su questa possibile versione della corruzione privata v., in senso critico, M. Pelissero, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dell'intervento penale*, in DPP 2008, 277 ss.

<sup>166</sup> Sulla previgente norma incriminatrice v. J. Vogel, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, cit., 90 ss. Si tratta di un reato previsto inizialmente dalla Legge federale contro la concorrenza sleale (UWG) del 1909 al § 12 che, nel 1997, è stato trasposto nel Codice penale, all'interno dei reati contro la concorrenza.

<sup>167</sup> V. il testo del *Progetto di legge del Governo federale per la lotta alla corruzione* del 23.1.2015/18.3.2015 (reperibile all'indirizzo [dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-bekämpfung-der-korruption/64803](http://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-bekämpfung-der-korruption/64803)) che nel preambolo *sub A* intitolato «Problema e obiettivo» da conto della necessità di recepire la Decisione quadro.

punisce la realizzazione *del pactum sceleris* per compiere o omettere un'azione nell'acquisto di beni o servizi in violazione dei doveri verso il mandante, ponendosi così in una duplice prospettiva concorrenziale e fidelistica<sup>168</sup>. L'evoluzione normativa del § 299 StGB suggerisce che una norma incriminatrice che reprime la corruzione privata adottando il modello della concorrenza non è idonea a soddisfare le richieste della Decisione quadro e che, pertanto, questa fonte eurounitaria non impone di tutelare direttamente la concorrenza nella repressione della corruzione tra privati.

Sembra, quindi, inevitabile attribuire al nono considerando della Decisione quadro 2003/568/GAI un ruolo differente da quello di indicatore dell'interesse tutelato dalle norme nazionali di recepimento della corruzione tra privati.

A questa conclusione si arriva anche valutando la funzione dei considerando nell'economia degli atti normativi europei: in generale, i considerando non possono contenere enunciati prescrittivi, al contrario dell'articolato, ma servono per esplicitare le motivazioni che hanno indotto il legislatore europeo ad assumere quella specifica regolamentazione<sup>169</sup>.

Partendo da questa prospettiva sembra inevitabile ritenere che il nono considerando della Decisione quadro indichi che il buon funzionamento del meccanismo concorrenziale sia uno degli scopi perseguiti dal legislatore europeo nella richiesta di criminalizzazione della corruzione privata rivolta agli Stati membri; solo abbracciando una concezione metodologica del bene giuridico – a completamento dell'impostazione latamente neokantiana che si è ritenuto di poter individuare, fra l'altro, nella tesi che assegna alla concorrenza il ruolo di interesse tutelato dall'art. 2635 Cc<sup>170</sup> – si potrebbe affermare che il nono considerando della Decisione quadro 2003/568/GAI indichi nella concorrenza l'oggetto giuridico della norma nazionale che incrimina la corruzione tra privati<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> In questi termini R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 10. Sull'attuale § 299 StGB v. E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 88 ss. al quale si rimanda anche per la dottrina tedesca in argomento. La duplicazione delle fattispecie di corruzione privata del § 299 StGB è stata resa evidente anche graficamente dal legislatore tedesco: il § 299 StGB co. 1, che prevede la corruzione passiva, si divide nel n. 1 (aderente al modello della concorrenza) e nel n. 2 (aderente al modello della fedeltà) e la stessa distinzione è prevista dal co. 2, che disciplina la corruzione attiva.

<sup>169</sup> In argomento v., fra le fonti eurounitarie, CGUE, sent. 19.11.1998, C-162/97, Nilsson nonché la *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, 2015, 31 ss. (reperibile all'indirizzo [eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ITN.pdf](http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ITN.pdf)); nella giurisprudenza italiana v., Cass. civ., 16.8.2023, n. 24664 e Cass. civ., 7.3.2022, n. 7280.

<sup>170</sup> V. par. 5.

<sup>171</sup> Sui problemi della concezione metodologica del bene giuridico v. F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 20 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 437 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*,

Tirando le somme delle riflessioni appena proposte, si può concludere che la compatibilità del modello della fedeltà con la Decisione quadro 2003/568/GAI è confermata dalle sue disposizioni prescrittive (art. 2, parr. 1 e 3) e non viene messa in discussione dal contenuto del nono considerando che si limita ad esporre alcune *rationes* che sottostanno alla norma incriminatrice della corruzione privata (oltre che di quella pubblica), ma che non coincidono con l'oggetto della tutela.

6.5. Nel corso del presente lavoro si è cercato di utilizzare la struttura dell'art. 2635 Cc come banco di prova per saggiare la compatibilità dell'attuale norma incriminatrice della corruzione privata con il modello concorrenziale o con il modello della fedeltà<sup>172</sup>.

Si è rilevato che la tutela della concorrenza mal si concilia con numerose caratteristiche della fattispecie e del complessivo sistema repressivo della corruzione privata, mentre il modello c.d. lealístico presenta numerosi punti di coerenza rispetto all'art. 2635 Cc ed alle altre norme codicistiche che si occupano di corruzione fra privati; si è quindi giunti alla conclusione che la tutela della fedeltà sia concretamente rintracciabile nella fisionomia degli artt. 2635 ss. Cc, mentre l'applicazione del modello concorrenziale rappresenterebbe una forzatura del dato positivo.

In altri termini, si è ritenuto che l'individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 2635 Cc nel dovere di fedeltà fra mandatario e mandante appaia l'unica strada percorribile alla luce della necessità di ricercare l'oggettività giuridica di un reato nel 'volto' della norma incriminatrice e non *aliunde*.

Nel corso delle pagine precedenti si è anche rilevato come l'adozione del modello della fedeltà risulta conforme agli *input* sovranazionali giacché l'attuale fisionomia della corruzione privata rappresenta l'esito del lungo cammino di adeguamento della legislazione nazionale alla Decisione quadro 2003/568/GAI ed alla Convenzione penale

---

cit., 25 ss.). L'inconveniente dell'impostazione metodologica risulta chiaro avendo riguardo alle altre *rationes* di tutela espresse nel nono considerando – il corretto sviluppo economico e l'integrità dello Stato di diritto – che, al pari della concorrenza, dovrebbero essere ritenute beni giuridici tutelati dall'art. 2635 Cc; l'esistenza di una norma che punisce la corruzione fra privati tutelando l'integrità dello Stato sarebbe effettivamente un buon esempio di quel «positivismo senza limiti» (F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 29) che caratterizza in negativo la concezione metodologica. Sul fatto che valori quali il corretto funzionamento del mercato, l'integrità dell'economia o la stabilità delle istituzioni siano *rationes* di tutela che possono assurgere al ruolo di beni giuridici solo tramite il filtro della concezione metodologica v., seppure in riferimento alla corruzione pubblica, V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 155 (ma il nono considerando della Decisione quadro 2003/568/GAI espressamente equipara, in questa prospettiva, la corruzione privata a quella pubblica).

<sup>172</sup> Avendo escluso a priori il modello patrimonialistico per effetto della scomparsa dell'evento di danno patrimoniale dal fatto tipico descritto dall'art. 2635 Cc.

sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27.1.1999, oggi sostanzialmente giunto a completamento.

Questo percorso di analisi, però, potrebbe suscitare una critica per certi versi analoga a quella che si è ritenuto di poter muovere ai sostenitori della concezione concorrenziale della corruzione privata.

In generale, «la fedeltà non può assumersi come bene giuridico ed è solo un dato che inerisce e configura particolari condotte tipiche di reato»<sup>173</sup>. Infatti, l'elevazione a bene giuridico di un dovere di fedeltà e l'obliterazione di un sottostante e diverso interesse protetto comporta inevitabilmente una deriva verso fattispecie eticizzanti<sup>174</sup>; spinto alle sue naturali conseguenze questo modello di legittimazione della norma penale condurrebbe alla punizione di fatti connotati da un mero contegno interiore infedele – non a caso ben accetto nelle impostazioni totalitarie della scuola di Kiel<sup>175</sup> – che costituisce l'anticamera del diritto penale del tipo d'autore e, più in generale, di un diritto penale pericolosamente illiberale<sup>176</sup>.

Non sorprende, quindi, che la critica forse più penetrante rivolta al modello c.d. lealistico di corruzione privata riguardi proprio la difficile concretezza del bene protetto dalla norma incriminatrice dell'art. 2635 Cc che, così concepita, sembrerebbe uno strumento di moralizzazione dell'attività imprenditoriale privata<sup>177</sup>, similmente a

<sup>173</sup> G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova 1961, 208; nel medesimo senso v. F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 118 ss.; G. Maiani, *In tema di reato proprio*, Milano 1965, 96 ss.; G. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *RIDPP* 1998, 886; A. Gullo, *Il reato proprio. Dalle problematiche "tradizionali" alle nuove dinamiche di impresa*, Milano 2005, 51 ss. Sul fatto che nelle varie norme incriminatrici che presentano un fatto tipico caratterizzato dalla violazione del dovere di fedeltà il bene giuridico debba essere altrove rinvenibile v. A. Pagliaro - M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano 2008, 175; C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., 117; P. Nuvolone, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano 1941, 60; A. Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli 2006, 148 ss. Ad ulteriore conferma, anche il massimo teorico dei reati d'obbligo – reati propri basati sulla rottura del rapporto di fedeltà ad un ordinamento particolare cui il soggetto attivo risulta legato – ritiene che la violazione del dovere di fedeltà non possa costituire il fondamento della punizione di questa categoria di illeciti penali i quali, come tutti i reati, richiedono la lesione del bene giuridico come criterio di legittimazione ed esistenza; v. K. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid 2016, 360.

<sup>174</sup> V., nuovamente, G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 209 ss. e 244 ss.

<sup>175</sup> In generale, sulla concezione eticizzante del diritto penale basata sulla violazione di obblighi di fedeltà verso lo Stato proposta dai sostenitori della scuola di Kiel v. A. Moro, *L'antigiuridicità penale*, cit., 42 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 42 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 438 ss.

<sup>176</sup> V., per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *RIDPP* 1994, 336 ss.

<sup>177</sup> V., in particolare, E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 14 ss.; in questo senso v. anche M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 21 ss. e, con specifico riferimento alla concezione soggettiva del modello c.d. lealistico (che si è ritenuta applicabile all'art. 2635 Cc), A. Spina, *Punire la corruzione privata?*, cit., 825.

quanto si è ritenuto avvenga privilegiando il modello concorrenziale<sup>178</sup>.

Una via d'uscita dall'*impasse* è rappresentata dalla possibilità di rivalutare il modello della lealtà – l'unico che si è ritenuto coerente con il dettato normativo – nell'ottica della protezione di un bene connaturato alla fedeltà del mandatario rispetto al mandante che, però, non si esaurisce nel mero rapporto fiduciario.

In questa direzione si è mossa la dottrina che ha individuato l'interesse protetto nel modello c.d. lealístico di corruzione privata nel buon andamento dell'ente<sup>179</sup>, in analogia con l'interesse tutelato dalla fattispecie che reprime la corruzione antecedente propria del pubblico ufficiale<sup>180</sup>.

A questa conclusione si può giungere valorizzando la concezione soggettiva del modello c.d. lealístico che si è ritenuto essere stato accolto dall'art. 2635 Cc.

In effetti, la fedeltà soggettiva al mandante può essere vista in due differenti accezioni: da un lato esclusivamente come modalità di svolgimento del rapporto tra mandatario e mandante, cioè come valore fine a sé stesso, e, dall'altro, come adesione di un membro dell'organizzazione d'impresa alla *ratio essendi* dell'impresa stessa, cioè come valore che si rivolge anche all'esterno del rapporto mandatario-mandante e partecipa ad un più ampio contesto di elementi assiologici.

In questa seconda accezione, la fedeltà potrebbe essere correttamente ritenuta servente del buon andamento dell'ente cui partecipa il mandatario.

Sembra, quindi, proponibile un parallelo fra le due forme di corruzione – pubblica

---

<sup>178</sup> V. par. 5. Con la differenza che partendo dal modello concorrenziale la 'moralizzazione' avrebbe ad oggetto l'agire dell'impresa nel mercato; invece, adottando la prospettiva della fedeltà, la 'moralizzazione' avrebbe una dimensione endogena, relativa ai rapporti tra i soggetti che partecipano alla medesima organizzazione produttiva.

<sup>179</sup> A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 667 ss. La prima teorizzazione del dovere di fedeltà come situazione connaturata al buon andamento dell'ente è di E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 238, il quale rileva che la struttura dell'art. 2635 Cc come modellato dalla l. 61/2002 «fa sì che quella sorta di buon andamento societario, se così può definirsi il rispetto dei doveri di ufficio da parte dei soggetti preposti per legge alla cura degli interessi sociali, rimanga sullo sfondo, senza mai assurgere al rango di bene giuridico primario, restando invece funzionalizzato alla tutela del patrimonio della società». Sparito dalla norma il riferimento all'evento di nocimento, il buon andamento societario associato al rispetto del dovere di fedeltà può riespandersi nel ruolo di interesse protetto.

<sup>180</sup> Nell'art. 319 Cp, il buon andamento è inteso come regolare funzionamento della p.a., (M. Romano, *Pre-Art. 318*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione. Commentario sistematico*, Milano 2019, 158), essendo necessario che «che l'attività pratica dell'amministrazione per la cura degli interessi pubblici si svolga nel modo più idoneo riguardo all'uso dei mezzi ed al raggiungimento dei fini» (M. Cantucci, *La pubblica amministrazione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei - A. Levi, Firenze 1950, 159). Sulle diverse concezioni del bene giuridico protetto dalla corruzione pubblica propria v., oltre l'Autore citato in principio della presente nota, C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, 1, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, Padova 2013, 706 ss.

e privata – dal punto di vista dell'oggetto della tutela.

Nella corruzione pubblica, identificata nell'idealtipo della corruzione propria antecedente, il fatto tipico genera un *vulnus* al buon andamento, generalmente declinato nelle categorie dell'efficacia (capacità di raggiungere i risultati), dell'efficienza (inerente ad un favorevole rapporto tra risorse e risultati) e dell'economicità (miglior rapporto tra risorse ed obiettivi) dell'azione amministrativa<sup>181</sup>.

Anche nella corruzione privata la condotta incriminata genera un'offesa all'efficacia dell'azione dell'ente consistente in un pregiudizio alla capacità di raggiungere gli scopi istituzionali<sup>182</sup> che il mandante assegna all'organizzazione da lui governata.

Del pari, il fatto corruttivo privato è in grado di minare l'efficienza e l'economicità dell'azione dell'ente privato, nella specifica fisionomia identificata dal mandante come la più opportuna per svolgere l'attività dell'organizzazione in modo conforme agli obiettivi.

Non sembra errato, infatti, ritenere che il raggiungimento degli obiettivi istituzionali dell'ente dipende anche dal fatto che tutti i suoi vari mandatarî diano il loro contributo rispettando la direzione impressa dal mandante; in altri termini, il buon andamento dell'ente dipende anche dalla fedeltà dei mandatarî o dalla conformità del loro comportamento ai doveri di ufficio<sup>183</sup>, nell'attuazione del programma sociale elaborato dal mandante.

Tuttavia, dal punto di vista della tutela, la corruzione privata presenta caratteristiche che ne impediscono una completa assimilazione alla corruzione pubblica.

Nel reato di cui all'art. 2635 Cc non vi è un oggetto di tutela analogo a quello identificabile come imparzialità della pubblica amministrazione, sussistente nel caso dell'art. 319 Cp. L'ente privato, che eserciti attività imprenditoriale o meno, non è tenuto a mantenere l'equidistanza fra i vari interessi che vengono in rilievo nel

---

<sup>181</sup> Cfr., a proposito dell'art. 1 l. 241/1990, A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2017, 40 ss.

<sup>182</sup> V., nuovamente, A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 668. Parafrasando l'art. 2082 Cc, nel caso di enti che svolgono attività d'impresa, lo scopo istituzionale potrebbe essere identificato nella produzione o scambio di beni o servizi, che si realizza tramite un'ideale attività economica organizzata; mentre per gli enti che non svolgono attività di impresa lo scopo istituzionale è di tipo sociale, mutualistico, assistenziale, ecc. e presuppone sempre lo svolgimento di attività organizzata (in senso diverso v. A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 668, che valorizza l'obiettivo del lucro negli enti imprenditoriali).

<sup>183</sup> Che, seguendo l'opinione maggioritaria, non riguardano solo prescrizioni legislative, ma anche atti *lato sensu* organizzativi del mandante tramite regolamenti interni, norme statutarie, ecc.; v., par. 6.1.

perseguimento dei propri scopi sociali e quindi, in via indiretta, non deve nemmeno garantire condizioni di parità ai soggetti con i quali entra in contatto nello svolgimento della propria attività<sup>184</sup>.

Il buon andamento dell'ente privato non è improntato all'imparzialità e non deve neppure misurarsi con il perseguimento di scopi pubblici, al contrario di quanto accade nel caso dell'art. 319 Cp; di conseguenza, esso rappresenta un interesse di stampo privatistico di cui è titolare il esclusivamente il mandante<sup>185</sup>.

In definitiva, l'individuazione del bene protetto nel buon andamento dell'ente non comporta la collettivizzazione del bene giuridico e, pertanto, non snatura la conclusione cui si è giunti circa l'impossibilità di rinvenire un oggetto di tutela che prescinde dal rapporto di fedeltà fra mandante e mandatario.

6.6. Una brevissima riflessione deve essere dedicata alla modalità di tutela del buon andamento dell'ente privato desumibile dall'art. 2635 Cc.

Si è visto in precedenza<sup>186</sup> che, nel corso della sua evoluzione normativa, la corruzione privata è passata da reato di evento di danno a reato di mera condotta, per il quale è esclusa anche la necessità che l'accordo corruttivo venga tradotto nell'atto contrario ai doveri di ufficio o di lealtà.

Il pregiudizio nei confronti del rapporto di fedeltà che lega il mandatario al mandante e, conseguentemente, l'offesa al buon andamento dell'ente da quest'ultimo governato, si profila già al momento dell'incontro delle volontà di corrotto e corruttore, quando il primo si impegna a violare i doveri d'ufficio o di fedeltà per realizzare la specifica condotta individuata dalle parti come oggetto del mercimonio ed incamerare l'utilità indebita; tuttavia, il completo abbandono dell'interesse del mandante si ha solo nel momento di realizzazione dell'atto infedele il quale, concretamente, impatta negativamente sul buon andamento dell'ente.

L'art. 2635 Cc, nell'ottica c.d. lealistica, descrive un reato di pericolo. Si tratta, tuttavia, di un pericolo concreto, poiché appare possibile valorizzare la pregnanza semantica<sup>187</sup> della finalizzazione del *pactum sceleris* alla violazione degli obblighi d'ufficio o dei doveri di fedeltà per selezionare solo quegli accordi i cui contenuti sono

---

<sup>184</sup> Sulla nozione di imparzialità dell'azione amministrativa v., ad es., E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino 2018, 9 ss. e, nella letteratura penalistica relativa all'art. 319 Cp, C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 706 ss.

<sup>185</sup> A. Spina, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 668.

<sup>186</sup> Par. 2.

<sup>187</sup> V., la precedente nota 68 ed il relativo corpo del testo.

idonei a sfociare in un atto che manifesta l'abbandono dell'interesse del mandante da parte del mandatario, comportando un effettivo pregiudizio al buon andamento dell'ente. Allo stesso risultato, comunque, si perverrebbe accedendo alla diversa prospettiva che vede i reati di pericolo astratto come fattispecie in cui il legislatore impone dei limiti agli elementi da considerare nella prognosi di pericolosità<sup>188</sup>, giacché la proiezione verso la violazione dei doveri d'ufficio o degli obblighi di fedeltà è un elemento che l'interprete può utilizzare come base del giudizio di pericolosità sul buon andamento.

Non pare fuori luogo un ulteriore paragone con la corruzione pubblica propria antecedente. Oltre che dal punto di vista dell'oggettività giuridica (ma limitatamente al buon andamento), l'art. 2635 Cc, presenta indubbiamente notevoli affinità di struttura del fatto tipico con l'art. 319 Cp che, secondo l'opinione preferibile, rappresenta anch'esso un reato di pericolo concreto<sup>189</sup>.

7. L'aver identificato nel buon andamento dell'ente il bene protetto dall'art. 2635 Cc comporta alcune ricadute che, si ritiene, contribuiscono ad evidenziare gli aspetti positivi della soluzione proposta.

In primo luogo, accedendo al modello della fedeltà e valorizzando il buon andamento come interesse protetto che deve essere concretamente messo in pericolo dall'accordo corruttivo, l'assenza nel fatto tipico di un evento naturalistico o di una condotta attuativa del *pactum sceleris* non sembra comportare una modalità di anticipazione della tutela foriera di numerosi aspetti problematici come, invece, si è visto<sup>190</sup> può accadere nel caso del pericolo astratto connaturato al bene della concorrenza<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> V. la nota 69.

<sup>189</sup> In questi termini v., ad es., G. Balbi, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, e F. Cingari, *I delitti di corruzione*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, in *Trattato di diritto penale*, II, Napoli, 2011, 163 ss. In senso contrario, facendo leva sulla progressione lesiva fra l'attuale art. 318 Cp e l'art. 319 Cp, si è espressa la Cassazione che ha attribuito a quest'ultima fattispecie la natura di reato di danno (e alla prima quella di pericolo astratto); v. Cass. 26.11.2014 n. 49226, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 29.1.2019 n. 4486, in *italgiure.giustizia.it* e Cass. 12.6.2020 n. 18125, in *italgiure.giustizia.it*. Sembra possibile rimarcare, in chiave critica, che finché corrotto e corruttore si limitano a stipulare un accordo il danno all'imparzialità o al buon andamento della Pubblica amministrazione rimane proiettato nel foro interno dei paciscenti e non si ripercuote effettivamente su nessun aspetto dell'azione amministrativa pubblica.

<sup>190</sup> Par. 5.

<sup>191</sup> *Contra*, A. Rugani, *Riforma della "corruzione tre privati"*, cit., 4661 secondo cui l'incriminazione del mero patto corruttivo comporterebbe un'eccessiva anticipazione della tutela del dovere di fedeltà, dato che questo viene posto concretamente in pericolo solo per effetto della commissione dell'atto compravenduto. Tuttavia, sembra

Simile risultato potrebbe sembrare di modesta portata perché non comporta un ridimensionamento della *magnitudo* di offensività richiesta dall'art. 2635 Cc per l'integrazione del reato: il modello del pericolo concreto non rappresenta necessariamente un avanzamento, in direzione del danno, della soglia di tutela individuata dal pericolo astratto<sup>192</sup>.

A fronte di questa innegabile constatazione, si può replicare che la traslazione dei piani di tutela da pericolo astratto a pericolo concreto opera in una differente direzione: la dimensione del pericolo concreto insito nella lesione del buon andamento dell'ente consente di riportare la corruzione privata entro dei binari di offensività, la cui individuazione sarebbe eccessivamente evanescente partendo dalla concorrenza come bene protetto<sup>193</sup>.

Infatti, nella corruzione privata intesa come reato di pericolo concreto sarà possibile, in via interpretativa, espellere dall'area del penalmente rilevante quei fatti che non costituiscono delle reali minacce al bene protetto nel singolo caso sottoposto a giudizio<sup>194</sup>; risultato che pare sostanzialmente irrealizzabile muovendo dall'accezione concorrenziale dell'art. 2635 Cc in ragione della già individuata<sup>195</sup> difficoltà di applicare a quest'ultima, nella generalità dei casi, il canone dell'offensività

---

possibile replicare che la presenza dell'atto compravenduto è necessaria per poter individuare un pericolo concreto al bene della concorrenza (v. nota 47), mentre il solo fatto di accordarsi per il compimento di una condotta concretamente idonea a violare i doveri di ufficio o di fedeltà in cambio di una retribuzione indebita suggerisce l'abbandono del dovere di anteporre gli interessi dell'ente ai propri e, quindi, il pericolo che questa situazione effettivamente si realizzi.

<sup>192</sup> Il pericolo astratto, infatti, non descrive necessariamente un grado di offesa minore al bene protetto rispetto al pericolo concreto; in argomento v., ad es., M. Romano, *Pre-Art. 39*, cit., 338 ss.

<sup>193</sup> Sui profili di incompatibilità con il principio costituzionale di offensività dei reati di pericolo astratto v., per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NDI*, XIX, 1973, 86 ss.; in argomento v. anche G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971, 165 ss.

<sup>194</sup> Similmente a quanto avviene, *mutatis mutandis*, nell'ambito dei reati di bancarotta fraudolenta, ove solo una valutazione in termini di pericolosità concreta del bene protetto è idonea ad evitare il fenomeno del regresso all'infinito dell'atto distrattivo; l'individuazione della natura concreta del pericolo consente di ritenere penalmente irrilevanti quei comportamenti che si collocano in un'epoca in cui il patrimonio dell'imprenditore è sufficientemente capiente per assorbire l'atto distrattivo senza intaccare l'adeguatezza della funzione di garanzia rispetto alle obbligazioni cui l'impresa deve far fronte. In argomento v., per tutti, C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, ora in *Diritto penale*, Milano 2003, IV, 988 ss. Viceversa, l'impostazione che si basa sul pericolo astratto porta tutt'oggi parte della giurisprudenza a ritenere rilevante l'atto distrattivo, indipendentemente dal suo rapporto di incidenza o irrilevanza sulla funzione di garanzia del patrimonio; con il risultato di considerare tipici atti distrattivi che si realizzano in momenti anche molto anteriori alla dichiarazione di insolvenza, quando l'andamento dell'attività di impresa garantiva comunque il soddisfacimento dei creditori (in questo senso si sono espresse, di recente, le Sezioni Unite nell'importante sentenza Passarelli [Cass. S.U. 27.5.2016 n. 22474, in *italgiure.giustizia.it*]; nel senso del pericolo concreto v., ad es., la sentenza citata alla nota 96).

<sup>195</sup> V. par. 5.

in concreto.

Simile approdo appare piuttosto rilevante anche perché l'individuazione dell'oggettività giuridica della corruzione privata nel buon andamento dell'ente e la conseguente identificazione della natura di pericolo concreto consentono di identificare un fattore antagonista rispetto alla scarsa tipizzazione oggettiva della norma incriminatrice in discussione.

Si è sostenuto<sup>196</sup> che la corruzione privata si presenta come un'incriminazione fondata quasi esclusivamente sul disvalore di intenzione e che il bene concorrenza non è idoneo a mitigare il deficit di tipizzazione oggettiva, almeno filtrando le condotte che non possono essere concretamente lesive del bene protetto. Con il bene del buon andamento, invece, si pone in evidenza una necessaria attitudine della condotta corruttiva ad influire negativamente sull'interesse protetto e cioè non solo un comportamento scorretto di accettazione di retribuzione non dovuta, ma anche una situazione in cui la controprestazione promessa in cambio dell'utilità indebita è realmente insidiosa rispetto alla capacità dell'ente di raggiungere i propri obiettivi<sup>197</sup>.

In secondo luogo, l'impostazione proposta sembra potersi apprezzare anche in termini *lato sensu* politico criminali perché idonea a colmare alcuni possibili vuoti di tutela che l'impostazione concorrenziale è destinata a produrre.

Ci si riferisce alle ipotesi residuali in cui si è ritenuto che la funzione ermeneutica del principio di offensività potrebbe impedire l'applicazione dell'art. 2635 Cc in quanto il fatto concreto – pur se connotato da un *pactum sceleris* eseguito – non appare neppure astrattamente idoneo ad offendere il bene della concorrenza. Ad es., nel caso del responsabile delle assunzioni che sceglie il candidato che ha offerto la tangente invece di quello più meritevole<sup>198</sup>, non pare possibile intravedere alcun effetto della condotta compravenduta sulla concorrenza, dato che i candidati per l'assunzione non

---

<sup>196</sup> *Id.*

<sup>197</sup> Ad esempio, nel caso del funzionario di banca che estende credito al cliente privato in assenza dei requisiti e per effetto di un pagamento indebito si è sostenuto (v. nota 63) che la difficoltà di individuare la relazione concorrenziale pregiudicata comporta l'impossibilità di attribuire al comportamento corruttivo una reale attitudine offensiva rispetto al bene della concorrenza che, in tal modo, si postula come inevitabilmente danneggiato in presenza di un comportamento scorretto del mandatario; viceversa, partendo dal buon andamento, sarà possibile valutare se nel caso concreto l'estensione del credito in assenza dei requisiti sia effettivamente pregiudizievole per la capacità della banca di raggiungere i propri scopi, considerando il 'peso' dei requisiti di non meritevolezza pretermessi dal funzionario grazie al pagamento della tangente (ad es. una cosa sarebbe autorizzare un'ulteriore apertura di credito ad un soggetto che ha superato il limite massimo di affidamento, ma che vanta un patrimonio immobiliare; un'altra sarebbe concedere un finanziamento chirografario ad un soggetto già sottoposto a procedure esecutive che possiede solo beni immobili ipotecati).

<sup>198</sup> Per altri esempi v. la nota 75.

possono essere considerati come operatori economici del mercato.

Questa situazione sfuggirebbe alle maglie dell'incriminazione nella versione concorrenziale; ma non sembra che la violazione della regola comportamentale del mandatario permanga nell'ambito della mera disobbedienza ad un precetto di natura etica: la scelta del candidato peggiore comporta un pregiudizio all'ente rappresentato dall'assunzione dei colui che, con ogni probabilità, non potrà garantire la medesima qualità nelle prestazioni lavorative del soggetto scartato.

Si tratta, a ben vedere, della violazione di un interesse dell'ente che è identificabile proprio nel buon andamento. Infatti, il comportamento del soggetto che orienta le proprie scelte in base al compenso indebito ricevuto – e non alle caratteristiche del candidato sottoposto a valutazione – si pone in contrasto con il buon andamento dell'ente in quanto l'assunzione del meno meritevole influisce negativamente sulla capacità della propria organizzazione di raggiungere gli scopi istituzionali tramite gli assetti identificati dal mandante<sup>199</sup>.

La tutela del buon andamento, quindi, pare preferibile in quanto idonea a coprire situazioni in cui si giustifica la minaccia della sanzione penale.

In terzo luogo, dal punto di vista sistematico, l'individuazione del buon andamento come bene protetto dalla corruzione tra privati consente di tracciare una linea di demarcazione rispetto alla corruzione pubblica.

Come si è rilevato<sup>200</sup>, nella dimensione lesiva dell'art. 2635 Cc non è presente l'imparzialità dell'azione amministrativa che, invece, contraddistingue l'art. 319 Cp.

L'oggettività giuridica della corruzione privata rappresenta, quindi, un *quid minus* rispetto all'interesse tutelato dalla corruzione pubblica; nell'idealtipo della corruzione propria antecedente, questa caratteristica è coerente con una minore risposta punitiva del mercimonio della funzione privata rispetto a quella pubblica, pur nella sostanziale identità di fatto tipico incriminato<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Invece l'attitudine offensiva si eliderebbe in caso di parità di requisiti di meritevolezza dei candidati perché la scelta di quello 'pagante' non inciderebbe sul buon andamento dell'ente e, quindi, si rivelerebbe in concreto inoffensiva rispetto al bene protetto (una mera violazione di un precetto morale che non dovrebbe trovare punizione, soprattutto partendo dalla visione concorrenziale della corruzione privata).

<sup>200</sup> V. par. 6.5.

<sup>201</sup> Anche il legislatore eurounitario, che tende a parificare la struttura e l'offensività della corruzione pubblica propria antecedente a quella privata (v. il nono considerando della Decisione quadro 2003/568/GAI), riconosce una – modesta – differenza di meritevolezza di pena fra le due forme di mercimonio della funzione, come attestato dalla Proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione del 3.5.2023 (COM(2023) 234 final) che prevede un 'minimo del massimo' lievemente inferiore per la corruzione privata (cinque anni di reclusione rispetto ai sei della corruzione pubblica; art. 15, par. 2 lett. a) e b)). Da notare che il carico sanzionatorio richiesto dalla proposta di direttiva è modestissimo in relazione all'attuale art. 319 Cp (sei anni sono il minimo edittale

Inoltre, la differenza di spettro di tutela dovrebbe portare a considerare come la corruzione privata non debba essere equiparata a quella pubblica dal punto di vista delle complessive modalità di offesa degli interessi protetti. Con seguentemente, dovrebbe essere esclusa – per via interpretativa<sup>202</sup> e *de iure condendo*<sup>203</sup> – la possibilità di introdurre una forma di corruzione privata per la funzione<sup>204</sup> e, *a fortiori*, una corruzione privata di tipo susseguente<sup>205</sup>.

In quarto luogo, l'individuazione del bene protetto nel buon andamento dell'ente sembra risolvere un problema di disponibilità dell'interesse tutelato offerto dalla lettera dell'art. 2635 Cc che farebbe molta fatica a conciliarsi con un'oggettività giuridica sovraindividuale come quella della concorrenza.

Si è visto<sup>206</sup> che, affinché si perfezioni il fatto tipico corruttivo, la retribuzione accettata o erogata all'intraneo deve possedere una natura indebita.

Come è stato efficacemente notato<sup>207</sup>, nell'ambito della corruzione propria pubblica simile requisito non è presente perché ogni retribuzione per un atto contrario ai doveri di ufficio è da considerarsi non dovuta. Infatti, nel caso dell'art. 319 Cp, il mandante

---

della norma interna), ma molto più severo di quanto previsto dall'art. 2635 Cc (che prevede un massimo di tre anni, salva l'ipotesi di fatti che avvengono nell'ambito di società non quotate o con strumenti finanziari non diffusi fra il pubblico, per i quali le pene sono raddoppiate) e che, in concreto, al legislatore nazionale sarebbe consentita la – non desiderabile, per le ragioni esposte nel corpo del testo – equiparazione della cornice edittale fra corruzione pubblica e corruzione tra privati.

<sup>202</sup> Questa considerazione rappresenta un ulteriore argomento a sostegno dell'opinione secondo cui non può configurarsi una violazione dei doveri di ufficio o di fedeltà nella mera accettazione della retribuzione non dovuta e, quindi, la sussistenza di una corruzione privata indipendentemente dalle caratteristiche dell'atto compravenduto (*i.e.* di una corruzione privata sostanzialmente impropria); v. la nota 119.

<sup>203</sup> Il legislatore eurolunitario della menzionata Proposta di Direttiva sulla lotta contro la corruzione del 3.5.2023 (COM(2023) 234 final) non si è discostato dal modello della corruzione privata propria antecedente già recepito con la Decisione quadro 2003/568/GAI. Da questo punto di vista, la struttura della corruzione privata della Proposta di Direttiva (art. 8) ricalca esattamente quella della Decisione; le differenze, semmai, riguardano il campo di applicazione che, in caso di adozione della proposta senza modifiche, risulterebbe qualitativamente differente: dall'attuale assetto, che ricomprende le corruzioni private commesse nell'ambito delle entità con e senza scopo di lucro ai sensi dell'art. 2 par. 2 della Decisione quadro, si passerebbe a fatti tipici realizzabili esclusivamente nell'ambito di attività economiche, finanziarie e commerciali (art. 8 par. 1, della Proposta di Direttiva).

<sup>204</sup> A maggior ragione, partendo dall'impostazione secondo cui l'art. 318 Cp tutela solo l'imparzialità della Pubblica Amministrazione; su questo argomento v. M. Romano, *Pre-Art. 318*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 159 ss.

<sup>205</sup> Per una critica alla corruzione privata impropria o susseguente basata sull'assenza dell'obbligo di imparzialità nel caso del funzionario privato (al contrario di quanto accade nel settore pubblico) v., seppure sullo sfondo di una riflessione *de lege ferenda* sulla corruzione privata come norma a tutela della concorrenza, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 499 ss. e 502 ss.

<sup>206</sup> Par. 6.1.

<sup>207</sup> A. Spena, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 671 ss.

(nella persona del superiore gerarchico) non può mai validamente autorizzare il mandatario (che riveste la qualifica di pubblico ufficiale) ad incamerare la retribuzione perché questa è strumentale ad un comportamento che non deve essere tenuto.

Differentemente da quanto accade nel settore pubblico, nel caso dell'art. 2635 Cc il mandante non è tenuto a perseguire interessi pubblici e nemmeno ad operare con imparzialità rispetto ai soggetti con cui si relaziona l'ente di appartenenza, con la conseguenza che egli ben potrebbe autorizzare il mandatario a recepire la retribuzione promessa per il compimento di un atto contrario al dovere di fedeltà, nonostante la pericolosità di questo comportamento rispetto al buon andamento dell'ente e, quindi, alla capacità di raggiungere i propri obiettivi istituzionali.

Se l'accettazione della retribuzione è autorizzata dal mandante, l'utilità incamerata dal corrotto non può più essere definita indebita e la corruzione privata non sussisterebbe anche se l'intraneo, poi, dovesse effettivamente porre in essere un atto contrario ai suoi doveri d'ufficio<sup>208</sup>.

Si profila, quindi, un assetto in cui il mandante può impedire l'integrazione del fatto tipico di corruzione privata esprimendo una sorta di consenso alla lesione che opera sulla tipicità – prima che sull'antigiuridicità – della condotta del mandatario.

Simile caratteristica oggettiva del fatto tipico appare idonea a creare un corto circuito rispetto al modello concorrenziale della corruzione privata.

In questa prospettiva, infatti, la norma incriminatrice dell'art. 2635 Cc conferirebbe ad un soggetto privato (il mandante) il potere di disporre di un interesse che non è di sua competenza: non gli appartiene la concorrenza macroeconomica (tarata su assetti istituzionalmente metaindividuali), ma nemmeno la concorrenza microeconomica, che è da qualificarsi come bene collettivo in ragione del fatto che essa abbraccia le aspettative di numerosi e talvolta indefiniti concorrenti e consumatori rispetto ad una leale concorrenza<sup>209</sup>.

Nella prospettiva concorrenziale, l'esito dell'esercizio di questo potere affidato dall'art. 2635 Cc al mandante sarebbe quello di generare evidenti lacune di tutela,

---

<sup>208</sup> In questi termini, A. Spina, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 672; S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 139.

<sup>209</sup> V. par. 4. Identiche ragioni varrebbero nel caso in cui si potessero individuare il concorrente danneggiato o il consumatore cui l'atto corruttivo reca pregiudizio: il mandante sarebbe comunque inspiegabilmente autorizzato a disporre di un interesse altrui. Inoltre, non sembra possibile supporre che la concorrenza microeconomica riguardi esclusivamente l'impresa del mandante e la sua competitività perché, in questo modo, si adotterebbe un modello di tutela sostanzialmente patrimonialistico (la lesione della capacità concorrenziale deriva da un pregiudizio subito dall'ente) che non pare ipotizzabile dopo l'espulsione dell'evento di nocimento dal testo dell'art. 2635 Cc.

mettendo a rischio l'effettività della salvaguardia del bene giuridico che la norma dovrebbe promuovere<sup>210</sup>.

Viceversa, questa caratteristica del fatto tipico ben si adatta al modello della fedeltà in quanto il mandante, cui spetta il compito di organizzare l'ente in vista del raggiungimento degli obiettivi istituzionali, può consentire che determinate attività prescindano da questa finalizzazione.

Questa caratteristica oggettiva dell'art. 2635 Cc, oltre che coerente con l'interesse protetto inteso come buon andamento dell'ente, appare anche apprezzabile dal punto di vista politico-criminale. Infatti, la punizione di un accordo finalizzato alla violazione di un dovere di ufficio o di fedeltà sarebbe difficilmente comprensibile nel momento in cui il mandante stesso non ritenesse di volersi avvalere della posizione derivante dall'osservanza di quegli obblighi da parte del mandatario<sup>211</sup>.

In conclusione, l'impostazione proposta avrebbe il pregio di individuare un oggetto di tutela che, al contrario della concorrenza, non sembra porsi in rapporto di estraneità rispetto al fatto tipico descritto dall'art. 2635 Cc e nemmeno mettere in dubbio la conformità della corruzione privata italiana alle fonti sovranazionali<sup>212</sup>; in aggiunta la corruzione privata come reato a tutela del buon andamento dell'ente sembra essere idonea a contrastare, nei limiti del possibile, una deriva eticizzante dell'art. 2635 Cc ed a prevenire eventuali vuoti di tutela che potrebbero presentarsi partendo da una

---

<sup>210</sup> Anche chi, pur con accenni problematici, ha autorevolmente sostenuto la «totalizzante accezione “pubblicistica”» del bene protetto, incentrato «sulla tutela della libertà di concorrenza e sul corretto funzionamento del sistema economico», rileva che «la dimensione pubblicistica della tutela trova un limite nella necessaria violazione del rapporto “lealístico”» (S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 724), proprio per le ragioni identificate nel corpo del testo.

<sup>211</sup> Ovviamente non si tratta di un potere illimitato, poiché il mandante potrà dispensare il mandatario dai doveri di ufficio o di fedeltà entro i limiti segnati dalle norme che regolano la responsabilità dei vertici dell'ente nei confronti della società o dei creditori. Pertanto, se il mandatario compie un atto dannoso per l'ente grazie all'autorizzazione del mandante che lo solleva dall'osservanza dei doveri di ufficio, quest'ultimo potrebbe risponderne ai sensi degli artt. 2392 e 2394 Cc. Difficile, invece, ipotizzare *in rerum natura* l'applicabilità del reato di cui all'art. 2634 Cc: si dovrebbe verificare una situazione estremamente particolare in cui il mandante persegue l'interesse del mandatario e, oltre ad autorizzarlo a violare i doveri di ufficio (ad es. accettando la tangente), contribuisce attivamente alla realizzazione dell'atto compravenduto (ad es. deliberando l'acquisto dal corruttore di un bene ad un prezzo superiore a quello di mercato), con ciò realizzando un atto di disposizione di un bene sociale che cagiona un danno patrimoniale all'ente.

<sup>212</sup> A questa critica si presta, ad es., la motivatissima proposta di una norma di corruzione privata a tutela della concorrenza avanzata da E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 489 ss.: la struttura della norma incriminatrice così individuata sarebbe assolutamente coerente con il modello della concorrenza e ben strutturata nei vari aspetti di offensività e tipicità, ma probabilmente riceverebbe le censure del GRECO e dei competenti organi dell'Unione europea (ad es., l'esecuzione dell'accordo corruttivo è raccomandabile in una fattispecie a tutela della concorrenza – *ivi*, 500 ss. –, ma sarebbe un requisito incompatibile con quanto previsto in sede sovranazionale).

concezione concorrenziale della norma incriminatrice in discussione.

Sembra, quindi, che il modello della fedeltà dell'art. 2635 Cc, caratterizzato dalla finalizzazione verso il buon andamento dell'ente del dovere di fedeltà del soggetto attivo del reato possa fornire un convincente paradigma di tutela ad una norma incriminatrice fortemente voluta dal legislatore sovranazionale, ma decisamente perfettibile dal punto di vista dei principi fondamentali dell'ordinamento penale italiano.