

D.L. ANTICORRUZIONE. LA CORRUZIONE TRA PRIVATI E LA TENTAZIONE DEL “PANPENALISMO”. COSA CAMBIA NEL MODELLO

Dott. Paolo De Angelis, Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari
Dott. Prof. Angelo Jannone, Amministratore Delegato di JdP Corporate Solutions s.r.l. e
Consigliere Asso 231

1. Un *iter* complesso

Dopo un *iter* tortuoso, approvato dalla Camera il 31 ottobre scorso, il testo anticorruzione diventa legge. Il tutto a distanza di oltre 14 anni dall'azione comune 98/742 del GAI, con cui l'Unione Europea sollecitava gli Stati membri a sanzionare la corruzione privata ed a più di 2 anni dall'annunciata riforma sui delitti “di corruzione”.

Così, con rimpalli tra Camera e Senato e cambi di protocollo, si è giunti al testo C.5428 che, salvo sorprese, a breve sarà promulgato e pubblicato.

Sicuramente hanno giocato un ruolo determinante le ultime vicende della politica che, pur se non riconducibili tecnicamente a fenomeni corruttivi, hanno certamente pesato sulla necessità di dare risposte celeri all'opinione pubblica ed all'Europa.

Si consideri peraltro che nel peso della crisi, il tema della corruzione fornisce il suo contributo, stando alla poco incoraggiante statistica di *Transparency International* che ponendo l'Italia al 67° posto tra 183 Paesi, valutati sul rischio corruzione, ha stimato quale effetto, una perdita del 16% di investimenti stranieri sul nostro territorio.

Si diceva un *iter* ultradecennale, da quando, rimasta inascoltata l'azione comune del '98, nel 2003, l'Unione Europea ci riprovava. Osservava la Decisione1, che i casi di corruzione nel settore privato all'interno di uno Stato membro non sono più soltanto un problema nazionale, ma anche un problema transnazionale giacché possono generare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli ad un corretto sviluppo economico.

E' evidente dunque che l'interesse giuridico primario che la Decisione si prefiggeva di tutelare fosse proprio la correttezza della competizione economica in ambito europeo, giacché appare evidente che, favorire la vendita di beni e servizi attraverso la corruzione, significherebbe conseguire un ingiusto vantaggio competitivo.

La Decisione all'art. 5 sollecitava gli Stati all'adozione delle misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili degli illeciti di cui agli artt. 2 e 3 commessi a loro beneficio da qualsiasi persona, che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica.

Nello stesso anno, la Convenzione ONU siglata a Merida (MEX)¹ raccomandava agli Stati contraenti di introdurre nuove fattispecie di reato tra cui il *traffico di influenza* e la *corruzione privata*, prevedendo la conseguente responsabilità delle persone giuridiche.

La Convenzione veniva ratificata dall'Italia solo nel 2009² con una legge che si limitava, tuttavia, al recepimento di ben pochi principi previsti dalla Risoluzione. E ciò mentre scadeva il termine di dodici mesi, dato al Governo dalla legge delega³ del 2008 per attuare quanto previsto dalla Decisione europea del 2003.

Di fronte all'inattività del Governo, proliferavano una serie di disegni di legge di revisione ad ampio spettro di tutta la materia. Ognuno di tali disegni toccava uno o più punti dell'impianto complessivo di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi, ma senza centrare gli obiettivi indicati sia dalla Convenzione ONU sia dalla Decisione del 2003. Vi si ritrovavano tuttavia degli spunti interessanti che riguardavano, ad esempio, la possibilità di dare corso ad attività *sotto copertura* anche per il contrasto al fenomeno della corruzione⁴. O ancora, l'estensione al contrasto dei fenomeni corruttivi di tutta una serie di norme processuali tratte dalla legislazione antimafia⁵, come la confisca dei beni con inversione dell'*onus probandi* di cui all'art. 12-*sexies* legge 356/1992 (cd. legge Falcone) o l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Ma solo il d.d.l. S.2174, "tocca" il tema della *corruzione tra privati* con una configurazione della fattispecie, più in linea con le indicazioni della Decisione europea, attraverso la proposta di introduzione del delitto di cui all'art. 513-*ter* (Corruzione nel settore privato).

Non a caso i proponenti avevano ritenuto correttamente di collocare la fattispecie nel Titolo VIII del codice penale, tra i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio e dopo il delitto di *concorrenza illecita mediante violenza o minaccia* (art. 513-*bis*). Con il d.d.l. l'art. 513-*ter* c.p. era previsto che confluisse tra i reati-presupposto del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in linea con quanto richiesto dalla Convenzione ONU.

Il d.d.l. citato veniva assorbito dal d.l. 2156 di iniziativa governativa, con diverse integrazioni (*bis*, *ter* e *quater*), in cui ancora, tuttavia, non si aveva traccia del delitto di *corruzione tra privati*. Ne seguiva un secondo testo (2156-B) che, solo in fase di emendamenti camerale del 14 giugno scorso, introduceva un'ipotesi di *corruzione tra privati* (art. 20) con una formula operata attraverso una modifica dell'art. 2635 c.c., oltre a due ulteriori nuove fattispecie: il *traffico di influenze illecite* (art. 346-*bis* c.p.) e l'*induzione indebita a dare o promettere utilità* (art. 319-*quater* c.p.) prevedendo per la sola corruzione tra privati, un'ipotesi di responsabilità amministrativa dell'Ente ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Il testo del Senato S.2156-B, confluito nel testo C.4434-B della Camera dei Deputati, è dunque stato approvato, senza particolari variazioni rispetto al testo originario, almeno per ciò che concerne gli aspetti di natura penale.

¹ Risoluzione ONU 4/58 del 31 ottobre 2003.

² legge 3 agosto 2009, n. 116.

³ legge 25 febbraio 2008, n. 34.

⁴ d.l. 2044 del 2 marzo 2010.

⁵ d.l. 2164 del 6 maggio 2010.

2. Il testo di legge: le principali novità

Sembrerebbe quindi confermata la serietà delle intenzioni del legislatore ad adottare una riforma complessiva del sistema anticorruzione in Italia, con l'adozione di una normativa organica e di sistema, mirata a coniugare meccanismi di adeguata prevenzione e norme efficaci di repressione.

L'impianto complessivo del testo sembra ispirato dalle migliori intenzioni, con l'adozione di una riforma complessiva del sistema anticorruzione in Italia ed una normativa organica e di sistema, mirata a coniugare meccanismi di adeguata prevenzione e norme efficaci di repressione.

E' comunque difficile, in questa fase, operare un vaglio interpretativo delle norme proposte, ancora troppo esposte a modifiche e variazioni, che quindi non consentono alcuna valutazione che non sia precaria e soggetta ad essere completamente stravolta dalle successive fasi parlamentari: e tuttavia, proprio lo sforzo legislativo profuso in quest'azione merita almeno, in via di prima approssimazione, la massima attenzione ed una analisi approfondita dei testi sino ad ora approvati.

Le nuove disposizioni si propongono l'obiettivo della *prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione* (questo il titolo del d.d.l.), quindi un'ambiziosa riforma dell'intero apparato normativo, sul duplice binario dell'intervento preventivo e dell'azione repressiva, con un equilibrato *mix* di norme che, da un lato, stabiliscono rigide regole comportamentali per i pubblici dipendenti e criteri di trasparenza dell'azione amministrativa e, dall'altro, di norme penali dirette a colpire, in modo più selettivo ed afflittivo, le condotte illecite sul terreno della corruzione.

Alla prima categoria appartengono le disposizioni che prevedono il riordino della disciplina della trasparenza dell'attività amministrativa (art. 1, comma 3 del testo di Legge); la trasparenza delle nomine delle posizioni dirigenziali (art. 1, comma 3, lett. e del testo di Legge); la previsione della rilevanza del conflitto di interessi nelle procedure amministrative, con relativo obbligo di astensione dei dipendenti pubblici (art. 1, comma 41 del testo di Legge); nonché le altre norme, comprese quelle relative all'intervento disciplinare in caso di violazioni, tutte ispirate a garantire principi di imparzialità e di correttezza, sia formale che sostanziale dell'azione amministrativa.

Alla seconda categoria, quella delle norme penali, sono dedicate numerose disposizioni di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione commessi da pubblici ufficiali o da altre figure soggettive di rilievo pubblico: l'intervento è principalmente rivolto ai reati di corruzione ed a quello di concussione, di cui vengono puntualizzati, in misura più precisa e raffinata di quanto non sia attualmente, gli elementi costitutivi e le rispettive aree di intervento.

L'idea di fondo è, in questo caso, quella di delimitare la sfera di operatività della concussione, limitandola ai soli casi di "costrizione" con abuso della qualità e dei poteri del pubblico ufficiale, introducendo, contemporaneamente, la nuova fattispecie di "*induzione illecita a dare o promettere utilità*", nel nuovo art. 319-*quater* c.p., che deriva, in modo diretto, proprio dalla concussione per induzione, espunta dall'attuale testo dell'art. 317 e ricalibrata nella nuova ipotesi di reato.

Quanto alla corruzione, gli interventi più significativi riguardano la nuova formulazione dell'art. 318 (che diventa "*corruzione per l'esercizio della funzione*" in luogo dell'attuale "*corruzione per atto d'ufficio*", con una maggiore capacità di contrasto dei comportamenti illeciti legati alla cd. corruzione impropria) e

l'innalzamento significativo della pena edittale sia per la corruzione propria che per la corruzione in atti giudiziari. Alle figure tradizionali, si va ad affiancare la norma penale, del tutto inedita nel panorama penalistico italiano, del "*traffico di influenze illecite*", reato previsto dall'art. 346-*bis* c.p., che sanziona la condotta di colui che, sfruttando le relazioni che lo legano a pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, riceve vantaggi patrimoniali o anche solo la semplice promessa di essi, come prezzo della propria mediazione o come remunerazione per il pubblico ufficiale. Tale norma rivolge le sue attenzioni al mondo lobbistico dei mediatori o facilitatori che, proprio in virtù della loro "vicinanza" ai centri di potere e decisionali della Pubblica Amministrazione, riescono a creare le condizioni per la corruzione, tenendo però corrotto e corruttore a distanza di sicurezza (nel senso che l'accordo corruttivo non è direttamente stretto tra il privato ed il soggetto titolare di pubbliche funzioni o pubblici poteri, ma viene "triangolato" dalla presenza del mediatore del patto illecito).

In definitiva, con le nuove norme penali (che costituiscono il primo intervento sistematico sui reati contro la Pubblica Amministrazione dalla novella del 1990), si rafforza la tutela contro i comportamenti illegali dei pubblici funzionari nonché contro quelli dei privati, sia che agiscano come corruttori sia che agiscano come punto di riferimento, esterno alla P.A., per coloro che intendono entrare in contatto illecito con i pubblici ufficiali.

Si coglie quindi una linea di tendenza che tende ad allargare la sfera dell'intervento penale anche oltre il campo tradizionale della devianza "interna" alla Pubblica Amministrazione, estendendola anche a comportamenti di privati che gestiscono comitati d'affari con rischio di infiltrazioni corruttive nell'attività pubblica.

La rilevanza degli aspetti privatistici della corruzione emerge con chiarezza nell'ultima delle norme penali introdotte dalla Novella che si intitola, appunto, "*Corruzione tra privati*": già dalla rubrica risalta immediatamente l'intento del legislatore, aderendo agli accordi fonti di diritto sovranazionale, di qualificare come corruzione anche gli accordi illeciti tra privati, al pari di quelli che, nella costruzione tradizionale di questa figura, intercorrono tra il privato ed il pubblico ufficiale, con una significativa presa di posizione sulla offensività di comportamenti del genere, a prescindere dal terreno, pubblico o privato, nel quale essi si verificano.

Certamente, può considerarsi un passo avanti nella visione di un contrasto effettivo al fenomeno corruttivo, inteso a questo punto in senso ampio e più esteso rispetto al passato.

Tuttavia, non può parlarsi di vera e propria novità.

La nuova norma va infatti a modificare il testo del preesistente art. 2635 c.c., rubricato come "*infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa*": il diverso *nomen iuris* delle due fattispecie non vale tuttavia a contrassegnarne la discontinuità, essendo evidente la volontà legislativa di modificare e non innovare il precedente testo.

La corruzione tra privati quindi si colloca nel solco della precedente fattispecie di infedeltà con la quale, a parte il nome, condivide numerosi punti in comune, pur nelle inevitabili differenze non solo terminologiche.

L'analisi della nuova figura di reato non può pertanto prescindere da quella attualmente vigente, di cui, come detto, costituisce una modifica, con la sostituzione del nuovo al precedente testo.

3. La riforma del 2002 e le nuove incriminazioni di infedeltà societaria

Con la riforma dei reati societari (attuata con d.lgs. 61/2001) il legislatore introdusse, per la prima volta nel nostro ordinamento, due figure di reato incentrate sul profilo dell'infedeltà: la prima, prevista dall'art. 2634 c.c., denominata "*infedeltà patrimoniale*"; la seconda, prevista dall'art. 2635 c.c., denominata "*infedeltà a seguito di dazione o promessa*".

Era evidente sin dalla rubrica delle due norme che si trattava di fattispecie "gemelle" o quantomeno formate da un unico stampo, sicché l'infedeltà patrimoniale operava come figura generale rispetto all'infedeltà a seguito di dazione o promessa, che ne costituiva una forma specializzata, nella quale l'elemento caratterizzante era dato dal rapporto diretto tra infedeltà e arricchimento patrimoniale del soggetto infedele⁶.

La scelta di costruire entrambe le fattispecie sulla nozione di infedeltà poggiava su valide ragioni sistematiche e di tutela: da tempo la dottrina più sensibile al tema della tutela patrimoniale delle società sottolineava la mancanza di specifiche norme dirette a sanzionare i comportamenti infedeli degli organi di gestione e controllo societario, caratterizzati cioè dalla violazione dei doveri, *in primis* quello di fedeltà all'incarico ricevuto, e dal conflitto tra interessi personali e interessi della società⁷.

L'originaria disciplina codicistica, antecedente alla riforma del 2002, prevedeva una fattispecie di infedeltà, denominata appunto "*conflitto di interessi*", nella quale la tutela era limitata e formale, poiché si prevedeva unicamente un obbligo di astensione da parte dell'amministratore che si fosse trovato in situazioni di conflitto, sanzionando penalmente la violazione di tale obbligo.

Di fatto, questa norma (art. 2631 c.c., abrogato nel 2002) non consentiva alcuna tutela effettiva poiché limitava la sfera di tutela al profilo esteriore dell'astensione, senza considerare in alcun modo gli aspetti di concreta lesione dell'interesse societario e della salvaguardia del patrimonio sociale, che restavano quindi sullo sfondo⁸ (il danno alla società derivante dall'agire in conflitto costituiva circostanza aggravante e non elemento costitutivo del reato).

Per far fronte a queste evidenti lacune del sistema ed al fine di prevedere forme di tutela concrete ed efficaci contro gli abusi gestionali ed in danno della società, vennero quindi introdotte le due ipotesi di reato menzionate, nelle quali l'infedeltà patrimoniale rappresentava l'elemento costitutivo centrale della fattispecie.

⁶ Cfr., sul tema dei rapporti tra le due ipotesi di infedeltà, A. GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 04, p. 446.

⁷ Con visione retrospettiva, all'indomani della riforma, L. FOFFANI, *Le infedeltà, in Il nuovo diritto penale delle società, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Ipsoa, pp. 345-380, spec. p. 346, riassume la pregressa situazione normativa, affermando che occorre "*riconoscere, in una prospettiva storica, che il legislatore italiano si è finalmente avviato a porre rimedio a gravi quanto ormai croniche lacune della tutela penale di settore, accogliendo istanze da lungo formulate dalla dottrina che aveva individuato nella carente repressione delle infedeltà degli organi sociali il punto di maggiore debolezza nell'intero assetto del diritto penale societario (e, più in generale, economico) in Italia*" (ivi anche i riferimenti di diritto comparato, spec. pp. 348-350).

⁸ Descrive l'abrogata disciplina, sul piano della funzione repressiva e di tutela del bene giuridico, come "situazione «statica» di impedimento formale all'esercizio del voto (schema proprio del «vecchio» art. 2631 c.c., che incriminava la mancata astensione dal partecipare alla deliberazione in conflitto)", MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 01, p. 223. Nella stessa prospettiva, L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. cit.*, p. 352 (che parla del conflitto di interessi del vecchio art. 2631 c.c. come irrigidito in schemi formalistici, per contrapporlo allo schema della nuova norma, in cui il conflitto di interessi è inteso in termini sostanziali).

L'infedeltà patrimoniale prevista dall'art. 2634 c.c. è un delitto (punito con la reclusione da sei mesi a tre anni) che sanziona *gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale.*

Si tratta quindi di un reato, dal punto di vista dei soggetti attivi, che appartiene alla categoria dei reati propri, per la peculiare qualifica soggettiva che deve caratterizzare l'autore: la scelta del legislatore è caduta sulle figure tradizionali del diritto penale societario, tutte incentrate sulla titolarità di poteri di gestione esercitati in modo illegale e con abuso degli stessi⁹.

Sul piano degli elementi strutturali, rileva innanzitutto la situazione di conflitto nella quale il soggetto attivo viene a trovarsi e che, pur non definita dalla norma, è caratterizzata dall'antagonismo tra l'interesse personale e privato dell'autore e l'interesse, *latu sensu*, della società¹⁰.

In proposito, deve osservarsi che lo stato di conflittualità tra interessi contrapposti deve avere carattere di attualità (nel senso che dev'essere concretamente attinente all'operazione di gestione in corso di realizzazione) e di concretezza (non deve avere cioè natura meramente potenziale ma dev'essere effettiva e reale, rispetto al momento in cui l'autore realizza la sua condotta)¹¹.

L'interesse personale che genera il conflitto può avere qualsiasi contenuto (patrimoniale, economico, concorrenziale) purché renda incompatibile il contemporaneo perseguimento dell'interesse sociale, nel senso che l'uno (quello privato) esclude o limita fortemente l'altro (quello societario), talché l'azione di amministrazione viene a trovarsi su un piano subordinato rispetto alla realizzazione dell'interesse proprio dell'autore.

In questo contesto (che, sul piano tecnico della fattispecie, costituisce il presupposto del reato), la condotta sanzionata è il compimento di atti di disposizione (o, in caso di organi collegiali, il contributo del soggetto in conflitto alla relativa deliberazione dispositiva) che cagionino alla società un danno patrimoniale.

Sia la condotta che l'evento devono essere sorretti, sul piano dell'elemento psicologico, da un duplice requisito soggettivo: il dolo specifico della condotta (agire al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio) e il dolo intenzionale dell'evento (il danno patrimoniale dev'essere conseguenza diretta ed intenzionale, non meramente eventuale e indiretta, dell'atto di disposizione dei beni sociali).

Ciò delinea, con attenta capacità selettiva dell'illecito penale, la rilevanza dell'infedeltà: la situazione di conflitto di interessi, in quanto mero presupposto

⁹ Sui contenuti del comportamento infedele, ci permettiamo di rinviare a DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*, Ipsoa, 2011.

¹⁰ Cass., Sez. V, 4 luglio 1989, n. 6386, in *Cass. pen.*, 1991, I, 307, p. 1848, definisce analiticamente gli elementi di struttura e l'area di tutela del reato, individuando, in primo luogo, il contenuto del conflitto di interessi: "si ha conflitto di interessi ogni qual volta si faccia valere un interesse collidente con quello della società, come nel caso in cui l'amministratore si ponga in una posizione antagonista rispetto all'ente, quale controparte contrattuale".

¹¹ ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 3745, inquadrando poi l'analisi del conflitto sia in chiave formale che in chiave sostanziale. Relativamente al conflitto di interessi in materia societaria, l'autore rimarca che la fattispecie è costruita, sul piano formale, come "oggettivo dovere di correttezza" (p. 757); mentre, sul piano sostanziale, occorre verificare "le modalità fattuali con cui tali distinti interessi vengono messi in attrito".

oggettivo della condotta punita non genera, di per sé e da sola, il delitto di infedeltà patrimoniale che deriva da atti di disposizione compiuti al fine di trarne ingiusto profitto o vantaggio (quindi, sorretti *sin ab origine* da questa finalità specifica), dai quali derivi un danno patrimoniale alla società, cagionato intenzionalmente e non come semplice effetto indiretto e mediato della condotta.

La complessa struttura della norma rivela, sia per l'elemento materiale che per quello psicologico, le preoccupazioni del legislatore che, nell'incriminazione delle condotte di abuso di gestione, ha cercato di evitare che nelle maglie penali rimanessero impigliati anche comportamenti o meramente colposi (si pensi ad atti di disposizione che comportino danni alla società ma frutto di scelte gestionali sbagliate e non intenzionalmente dirette in tal senso) o comunque non animati da finalità di profitto personale (nel senso che la situazione di conflitto potenziale non è necessariamente fonte di responsabilità se non si traduce in atti che la trasformino in conflitto reale e concreto)¹².

In definitiva, una norma penale diretta a tutelare il patrimonio societario contro gli abusi di gestione da cui derivino danni alla società, costruita sul presupposto del conflitto di interessi, nonché sulla finalità di ingiusto vantaggio personale e diretta a sanzionare atti di disposizione che in modo intenzionale producano danni alla società.

L'infedeltà patrimoniale, norma di nuovo conio che andava a colmare un vuoto normativo nel settore della tutela patrimoniale della società, si è trovata quindi ad occupare uno spazio operativo che, sino al 2002, era stato riempito, in assenza di specifiche fattispecie, dal reato di appropriazione indebita, art. 646 c.p., per tutte le ipotesi nelle quali la disposizione dei beni sociali, affidati per la gestione agli amministratori, avesse comportato l'*interversio possessionis*, quindi la perdita di possesso da parte della società e l'arricchimento da parte dell'amministratore o di altri soggetti¹³.

La tutela assicurata dall'appropriazione indebita al patrimonio societario era certamente meno specifica e mirata di quella garantita dalla nuova norma sull'infedeltà patrimoniale: tuttavia, il problema interpretativo ed applicativo più rilevante, che ha dato luogo alla maggior parte delle questioni teoriche e pratiche dall'entrata in vigore dell'art. 2634 c.c., ha riguardato proprio il rapporto tra le due norme¹⁴.

Entrambe norme di tutela del patrimonio (comune, quella dell'appropriazione indebita; societario, quella dell'infedeltà) ed in entrambe le quali la condotta dell'autore comportava un impoverimento del patrimonio della persona offesa, hanno

¹² Per G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2003, pp. 1021 ss., spec. p. 1040: "La valutazione in concreto della salvaguardia dell'interesse della singola società nel contesto del complesso dei rapporti e operazioni in cui è coinvolta con le altre società del gruppo deve attuarsi in base ad un criterio di ragionevolezza con riferimento al tempo in cui i rapporti e le operazioni sono stati posti in essere e, quindi, non deve tener conto degli eventi imprevedibili o comunque non previsti (con riguardo agli illeciti dolosi) che abbiano impedito l'avverarsi del concreto vantaggio per la società sacrificatasi in un'operazione nell'interesse del gruppo".

¹³ In generale, sul problema del rapporto, *ante* riforma, tra appropriazione indebita e atti di disposizione degli amministratori, v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano 2002, p. 196, che parla, a proposito dell'utilizzo della fattispecie di appropriazione per reprimere le infedeltà degli amministratori, di forzatura dei confini di tipicità della condotta punibile.

¹⁴ Sottolinea la contiguità tra appropriazione indebita ed infedeltà (intesa, in senso ampio, come comportamento di violazione di doveri funzionali), MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 01, p. 199, che richiama la classica definizione del reato di appropriazione indebita, sintetizzabile nella *violazione della fiducia* (*ivi*, nota 24, i richiami alla dottrina che elaborò la nozione).

dato luogo ad una disputa interpretativa sulle rispettive relazioni, astrattamente configurabili in termini di estraneità (quindi, ciascuna delle due norme regola fenomeni diversi da quelli regolati dall'altra)¹⁵ oppure di specialità¹⁶ (quindi, regolando la stessa materia, si applica la norma speciale, secondo i criteri dell'art. 15 c.p., cioè la sola infedeltà patrimoniale).

Quest'ultima tesi, che appariva inizialmente la più fondata, considerando "l'atto di disposizione" come una *species* dell'appropriazione, con l'aggiunta degli ulteriori elementi specializzanti (conflitto di interessi, intenzionalità dell'evento), avrebbe però condotto a risultati paradossali: l'applicazione dell'infedeltà patrimoniale quale norma in rapporto di specialità con quella, generale, dell'appropriazione indebita, avrebbe comportato una minore tutela, rispetto al passato, poiché il regime di procedibilità previsto dall'art. 2634 c.c. (che prevede la querela della persona offesa) avrebbe consentito un intervento penale meno penetrante rispetto a quello consentito dall'art. 646 c.p. che, aggravato per l'abuso di relazione d'opera (cioè, proprio nei casi di abuso di gestione da parte degli amministratori societari), prevede la procedibilità d'ufficio.

Le conseguenze di questa interpretazione sarebbero state in totale controtendenza rispetto alle intenzioni del legislatore: la norma sull'infedeltà, introdotta per offrire un baluardo alla tutela del patrimonio sociale, avrebbe avuto un ambito di concreta operatività più ridotto e meno ampio rispetto al passato e ciò nonostante la specificità della sua previsione e del bene giuridico tutelato.

Un paradosso al quale ha posto rimedio l'interpretazione, oramai consolidata, secondo la quale appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale si trovano, a cagione dei rispettivi elementi costitutivi, in rapporto di specialità reciproca, tale da consentire l'applicazione dell'una o dell'altra norma a seconda delle concrete circostanze di realizzazione del fatto¹⁷: una linea che ha certamente salvaguardato le esigenze di tutela del patrimonio societario ma che ha, di fatto, ristretto, se non eliminato, il campo applicativo dell'infedeltà patrimoniale (le sentenze che, dall'entrata in vigore della riforma del 2002, si sono occupate del problema dei rapporti tra infedeltà ed appropriazione hanno sempre concluso nel senso di qualificare i fatti ai sensi dell'art. 646, escludendo quindi la configurabilità dell'art. 2634)¹⁸.

¹⁵ Cass., Sez. V, sent. 24 maggio-7 novembre 2006, n. 36764, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, n. 10, 1 novembre 2006, che, a proposito dei rapporti tra infedeltà patrimoniale e distrazione (riferiti alle omologhe fattispecie di reato in materia di bancarotta), delinea i rispettivi elementi costitutivi e conclude: *deve escludersi tra dette fattispecie incriminatrici ogni rapporto di specialità/consumazione*.

¹⁶ Affronta il tema dei rapporti, anche in chiave di successione tra norme, tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale, CIPOLLA, *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Cass. Pen.*, n. 2, febbraio 2005, pp. 468-469; a proposito del rapporto di specialità tra infedeltà ed appropriazione (anche riferita alle fattispecie di bancarotta propria e da reato societario) parla di "interpretazione adeguatrice", NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, in *Cass. pen.*, 2009, I, p. 294.

¹⁷ Per tutte, Cass. Pen., Sez. II, n. 15879 del 27.3.2008 (dep. 16.4.2008), secondo cui *le norme incriminatrici dell'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) e dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.) sono in rapporto di specialità reciproca. L'infedeltà patrimoniale tipizza la necessaria relazione tra un preesistente conflitto di interessi, con i caratteri dell'attualità e dell'obiettiva valutabilità, e le finalità di profitto o altro vantaggio dell'atto di disposizione, finalità che si qualificano in termini di ingiustizia per la proiezione soggettiva del preesistente conflitto. L'appropriazione indebita presenta caratteri di specialità per la natura del bene (denaro o cosa mobile), che solo ne può essere oggetto, e per l'irrelevanza del perseguimento di un semplice vantaggio in luogo del profitto. L'ambito di interferenza tra le due fattispecie è dato dalla comunanza dell'elemento costitutivo della "deminutio patrimonii" e dell'ingiusto profitto, ma esse differiscono per l'assenza nell'appropriazione indebita di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi, che invece connota l'infedeltà patrimoniale*.

¹⁸ Cass., Sez. V, sent. n. 1137/2009, sui rapporti tra bancarotta fraudolenta e bancarotta da infedeltà patrimoniale.

Una riforma, quindi, tanto auspicata quanto mancata poiché le attese, *ante* riforma, di una norma di effettiva tutela patrimoniale delle società si sono scontrate con le interpretazioni, *post* riforma, sulla sua (pratica e teorica) ineffettività¹⁹.

4. L'infedeltà a seguito di dazione o promessa nel testo pre-vigente dell'art. 2635 c.c.

L'analisi dell'infedeltà patrimoniale conduce a quella sulla norma dell'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, prevista dall'art. 2635 c.c.²⁰ che rivela, già dalla rubrica, la stretta derivazione genetica da quella sull'infedeltà patrimoniale "semplice", trattandosi, nell'impostazione del legislatore, di una forma di infedeltà collegata al conseguimento di utilità.

E' altrettanto evidente che, nell'ottica dell'infedeltà, si passi da quella in conflitto di interessi a questa, dove il conflitto è assorbito dal conseguimento dell'utilità, che rende quindi immanente ed *in re ipsa* il conflitto di interessi, generato non più da un generico presupposto che contrappone gli interessi coinvolti, ma da un'azione di diretto ed immediato vantaggio personale.

Altrettanto evidente che, al di là del *nomen iuris*, questo tipo di infedeltà si avvicini moltissimo allo schema tradizionale della corruzione, dettata per tutt'altro campo, quello dei reati contro la Pubblica Amministrazione, ed applicata qui, per la prima volta, nel terreno dei rapporti tra soggetti privati.

E' stata quindi questa la norma con la quale ha avuto ingresso, in modo inedito per il nostro ordinamento, la rilevanza penale della corruzione tra privati, purché si precisi che si è trattato, in realtà, di una corruzione tra privati limitata al campo societario.

Ostacoli di carattere teorico e forse anche culturale suggeriscono, ancora attualmente, al legislatore di non prevedere un'ipotesi generale di corruzione nei rapporti negoziali, caratterizzati dai principi dell'autonomia privata, limitando al campo societario la previsione di questa specifica ipotesi²¹.

L'ambito societario invece si presta in modo ideale a questo innesto proveniente da altri settori penali: la correttezza dei comportamenti, la tutela della concorrenza, la stessa etica degli affari costituiscono beni giuridici significativi e rilevanti per prevedere una specifica ipotesi, dove l'infedeltà assume i connotati della corruzione.

Il lessico normativo, pur non qualificando il nuovo reato con il termine "*corruzione*", ha comunque scelto la strada descrittiva di una vera e propria corruzione tra privati, prevedendo la specifica punibilità sia del corrotto (che, a seguito della dazione o della promessa di utilità, *compie od omette atti, in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio, cagionando nocumento alla società*, comma 1) sia del

¹⁹ Chiude il suo lavoro con un *post scriptum*, MEZZETTI, *L'infedeltà*, op. cit., pp. 240-241, nel quale sottolinea che i recenti *crac* Parmalat e Cirio hanno confermato alcune osservazioni fatte nel presente saggio circa l'effettiva capacità reattiva delle incriminazioni di infedeltà patrimoniale di fronte a gravi offese al patrimonio sociale compiute mediante attività distrattive di fondi per finalità extrasocietarie: le attuali disposizioni non sembrano svolgere un ruolo significativo come strumenti di contrasto della *mala gestio* degli amministratori di società quotate.

²⁰ Analizza i profili generali della nuova norma, SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al Diritto*, n. 16, 27 aprile 2002, p. 68.

²¹ Sulle prospettive *de iure condendo* di introduzione di un reato di corruzione tra privati, v. PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della legge 25 febbraio 2008*, n. 34, in *Cass. pen.*, 2009, 02, p. 769.

corruttore (che, a norma del comma 2, è colui che *dà o promette l'utilità*, al quale si applica la stessa pena prevista per il corrotto).

Un reato quindi plurisoggettivo ed a concorso necessario, esattamente secondo lo schema della corruzione, in questo caso di quella propria (analogamente all'art. 319 c.p.), ma limitatamente al caso in cui la promessa o la dazione siano antecedenti al compimento o all'omissione contraria agli obblighi imposti dalla funzione, con esclusione quindi dell'ipotesi di "corruzione susseguente" (quando cioè la promessa o la dazione seguano il compimento dell'atto illegale).

La previsione di un'ipotesi, tra le più gravi, di rottura del rapporto fiduciario che lega il soggetto apicale all'ente, come accade nei casi in cui l'infedeltà sia prezzolata e frutto di un accordo illecito, ne avrebbe imposto la perseguibilità d'ufficio, l'unica che avrebbe dato il segno della rilevanza generale dell'interesse tutelato, quello della trasparenza e della correttezza societaria. Invece, in linea con lo spirito generale della riforma del 2002, si è previsto anche in questo caso un regime di procedibilità a querela, nel segno della privatizzazione e della patrimonializzazione degli interessi coinvolti²².

Scelta che conferma lo stretto legame tra le due figure di infedeltà ma non coerente con un'incriminazione il cui senso profondo è quello di punire comportamenti espressione di un disvalore nel campo degli affari societari la cui rilevanza travalica l'interesse dei singoli, i cui patrimoni siano coinvolti, ed investe significativi ed importanti interessi generali, tutti riconducibili al principio di *utilità sociale* previsto dall'art. 41 Cost. (secondo cui l'iniziativa economica privata, la cui libertà è pienamente riconosciuta, non può svolgersi in contrasto con il detto principio, che a sua volta comprende fondamentali valori di solidarietà e uguaglianza sostanziale).

Le conseguenze di questa scelta sulla procedibilità si leggono, in trasparenza, sul piano statistico-giudiziario: dal 2002, nessuna decisione ha affrontato l'argomento dell'infedeltà *ex art. 2635 c.c.*, per l'evidente mancanza di materia del contendere, con l'inevitabile constatazione che, in questa materia, si preferisce "lavare i panni sporchi in famiglia", preferendo altre vie a quella penale.

Un panorama nel quale quindi risalta il senso di ineffettività e, in definitiva, di inutilità di una previsione di reato che, nata per moralizzare i comportamenti illeciti in campo societario, si è rivelata semplicemente un orpello teorico, senza alcun ritorno pratico-applicativo.

D'altronde, non ci sono alternative: o la corruzione in ambito societario è un fenomeno che, criminologicamente parlando, non esiste (e allora la scelta del legislatore del 2002 non aveva alcuna ragion d'essere, per mancanza di rischio di reato) oppure la corruzione segna uno dei più gravi aspetti di devianza nelle condotte societarie (e allora la mancata emersione anche di un solo caso in dieci anni di vigenza della norma ne segnala i profondi limiti applicativi nella scelta, affidata ai privati, della sua perseguibilità).

In questo quadro, è puro esercizio teorico l'analisi degli elementi di struttura: dal catalogo dei soggetti attivi (alle tre categorie, già previste nell'art. 2634, si aggiunge quella dei sindaci e quella, introdotta nel 2005, dei dirigenti preposti alla tenuta dei documenti contabili) all'elemento materiale della condotta (prevista sia nella forma commissiva che

²² A proposito della riforma del 2002 e delle scelte di tutela operate, si leggano le osservazioni critiche in FORTI, "Paradigmi distributivi" e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 04, p. 1603.

nella forma omissiva, a differenza dell'infedeltà patrimoniale che, riferendosi ad "atti di disposizione" non può che attuarsi in modo commissivo), infine alla peculiare definizione dell'evento del reato (relativamente al quale si parla di "nocumento" e non di danno, scelta lessicale che tende ad estendere il ventaglio delle conseguenze sfavorevoli derivanti dalla corruzione alla società ed ai soci, deve ritenersi comunque sempre in un ambito di lesione patrimoniale o quantomeno apprezzabile economicamente).

Residua un aspetto di interesse (ma sempre su un terreno meramente teorico, non essendovi casi concreti sui quali fondare l'analisi), sempre relativo ai rapporti tra infedeltà patrimoniale ed infedeltà a seguito di dazione o promessa.

Nel primo caso, il legislatore, dopo aver disciplinato la fattispecie "monosocietaria" (l'ipotesi del primo comma), introduce, al terzo comma, quella da infedeltà "infragrappo", quando cioè il conflitto di interessi si manifesti nell'ambito di operazioni tra società appartenenti allo stesso gruppo societario.

La novità della previsione sta nel riconoscimento, ai fini penali, della rilevanza dei cd. "vantaggi compensativi", termine, di stretta derivazione civilistica, che consente di valutare, nelle operazioni di gruppo, non solo gli effetti economici immediati delle singole operazioni (in ipotesi, portatori di svantaggi economici per la società che le esegue, in ossequio a strategie decise dalla capogruppo), ma anche gli effetti economici complessivi delle stesse (i cui ritorni economici possono risultare vantaggiosi e quindi compensare l'iniziale svantaggio).

Sul piano penale, la disciplina del terzo comma dell'art. 2634 c.c. prevede che, in questi casi, *non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.*

A parte il rilievo sulla costruzione della norma (il riferimento ai vantaggi compensativi andrebbe correlato al danno patrimoniale, a quel punto insussistente, piuttosto che all'ingiusto profitto, che è la finalità della condotta e non l'evento del reato) ed a parte la questione sulla natura giuridica della clausola (che si discute se preveda una causa di non punibilità ovvero una vera e propria scriminante), è importante sottolineare che con questa peculiare disciplina (che esclude la rilevanza penale di lesioni patrimoniali che siano state compensate da successivi vantaggi, certi o anche solo fondatamente prevedibili), il legislatore introduce un criterio di valutazione del conflitto di interessi che, nelle operazioni infragrappo ha un rilievo limitato ai soli casi in cui le conseguenze economiche dell'operazione siano, complessivamente considerate, sfavorevoli per la società.

Un'ulteriore conferma che il conflitto, considerato in una dimensione dinamica e concreta, è solo un presupposto e non la ragione stessa dell'incriminazione.

Diversa invece la disciplina dell'infedeltà a seguito di promessa o dazione nella quale, pur essendo la sua radice comune a quella dell'infedeltà "semplice", non vi è alcun richiamo alla clausola in esame: il reato si realizza qualunque sia l'effetto economico dell'operazione frutto dell'accordo illecito, anche se, in ipotesi, il nocumento causato venga compensato da successivi vantaggi indiretti.

La ragione di questa significativa differenza sta proprio nella specifica tipologia di illecito: da un lato, la clausola dei vantaggi compensativi è, per la sua natura esimente, di stretta interpretazione e non può quindi trovare applicazione se non nei casi specificamente disciplinati; dall'altro, il disvalore dell'infedeltà dell'art. 2635 è di tale ampiezza da non poter essere parametrato ad alcun effetto economico indiretto, eventualmente vantaggioso, considerato che la lesione del bene giuridico della

fedeltà, della trasparenza e della correttezza dei rapporti societari non ha, in questo caso, alcuna possibilità di riparazione economico-patrimoniale, come invece avviene nell'ipotesi generale di infedeltà.

Proprio questa selezione di gravità dell'illecito avrebbe dovuto indurre il legislatore a valutare in modo coerente la questione della procedibilità a querela: una volta stabilito che l'infedeltà da corruzione ha un livello di gravità tale da impedire qualsiasi vaglio dei suoi eventuali effetti economici positivi, sarebbe dovuta essere consequenziale l'adozione di un regime di procedibilità d'ufficio, l'unico in grado di consentire, sul piano dell'azione penale, un'adeguata risposta sanzionatoria.

5. Dall'infedeltà alla corruzione privata: prima analisi del testo di legge

Le considerazioni che precedono, sui contenuti ed i limiti della disciplina previgente devono ora essere valutate alla luce della riforma dell'art. 2635 c.c. come inserita nel testo di Legge. La prima modifica è lessicale avendo il legislatore esplicitamente denominato il reato non più come infedeltà ma, più correttamente, come "*corruzione tra privati*", locuzione tuttavia imprecisa nella misura in cui non esprime che i privati interessati dalla norma sono solamente coloro che operano nell'ambito societario.

Permane quindi l'equivoco di fondo di una corruzione, stavolta definita col termine appropriato, ma sempre riferita ad un ambito latamente privato, quando è invece delimitata al campo societario: equivoco in larga misura alimentato dalla diffusione mediatica non specialistica del disegno di legge, prima e del testo definitivo, poi.

La struttura della norma resta sostanzialmente invariata, salve alcune modifiche di dettaglio: si tratta sempre di una corruzione propria (caratterizzata dall'accordo corruttivo *in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà*, con l'aggiunta di quest'ultimo inciso che peraltro non dilata di molto la sfera degli obblighi tutelati, essendo l'obbligo di fedeltà uno dei primi obblighi inerenti all'ufficio), del tipo antecedente (nella quale la promessa o dazione precede la violazione degli obblighi).

L'unico aspetto lessicalmente diverso è la specificazione del concetto di "utilità", utilizzato nella norma in vigore in senso onnicomprensivo, mentre nel testo riformato si parla di "*denaro o altra utilità*", anche in questo caso senza significative differenze (posto che l'utilità, come categoria generale, ricomprende necessariamente anche il denaro come categoria speciale). Ma si tratta, come diremo, di un concetto che potrà risultare un fattore di notevole complessità nell'implementazione dei Modelli Organizzativi.

Un'importante novità riguarda invece il novero dei soggetti attivi del reato, dal punto di vista della parte corrotta: alle cinque categorie già previste dalla norma vigente (gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori), se ne aggiunge una nuova ed inedita, sia rispetto alla fattispecie in esame, sia rispetto all'intero novero dei reati societari, sia rispetto a tutti i reati inseriti nell'ampio catalogo dei delitti "231".

Tradizionalmente, secondo un criterio seguito anche dalla riforma del 2002, i reati societari, in quanto reati propri, vedono come soggetti attivi categorie di soggetti collocati al vertice della scala gerarchica societaria, proprio perché si tratta di coloro che, per i compiti gestionali e di controllo loro affidati in base alla legge, concentrano in sé i poteri della cui violazione si occupano le relative norme penali.

Una prima deroga, pur settoriale, al criterio del ruolo apicale era intervenuta nel 2005, con la legge di riforma del 2005, n. 262, con l'inserimento, nei reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) ed in quello di infedeltà *ex art.* 2635 c.c., della categoria dei “*dirigenti preposti alla tenuta delle scritture contabili*”, soggetti quindi incaricati di compiti contabili, non direttamente apicali e tuttavia influenti sulle vicende legate alle comunicazioni sociali e potenziali autori di condotte in violazione degli obblighi, a seguito di corruzione.

La deroga proposta con la norma prevista dal testo di Legge è invece di segno diverso poiché contempla categorie di soggetti certamente privi di qualsivoglia potere o ruolo di vertice in quanto si tratta di coloro che *sono sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma*, definizione collimante con i soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lett. *b*), d.lgs. 231/2001.

Già la definizione di “sottoposti” ne esclude il rilievo di vertice ed indica che la scelta del legislatore di allargare il novero dei soggetti attivi poggia le sue basi sulla preoccupazione di offrire una sfera di tutela allargata e di massima espansione contro i comportamenti infedeli dei soggetti di cui la società si avvale per la realizzazione delle proprie attività. Poiché il rischio corruzione non è limitato alle figure di vertice, ben potendosi configurare casi di infedeltà anche nelle figure di rango inferiore (si pensi alle violazioni di segreti industriali o di notizie riservate come le offerte per appalti pubblici, alle quali anche soggetti non apicali possono avere accesso), il legislatore caratterizza la nuova disciplina con un ampliamento anche a figure non precedentemente previste dell'area del penalmente rilevante.

Proprio l'attenzione riposta nella nuova norma ed i suoi riflessi potenziali sulla responsabilità della persona giuridica, ne giustificano la sua procedibilità d'ufficio, secondo la previsione del testo di Legge, nel chiaro intento di superare gli ostacoli procedurali che, sino ad oggi, ne hanno inceppato del tutto il meccanismo di tutela.

Restano aperte alcune questioni che lasciano ancora perplessi come, ad esempio, la struttura di reato di evento (il nocumento quale conseguenza della violazione degli obblighi a seguito di dazione o promessa) per un delitto, quello di corruzione, nel quale la lesione del bene giuridico consegue già alla sola condotta, lesiva in quanto di per sé pericolosa, come previsto nelle tradizionali fattispecie di reato contro la Pubblica Amministrazione: ma questi appaiono, rispetto alla serietà dell'impegno del legislatore, peccati veniali facilmente emendabili.

6. Il Modello Organizzativo “231” : quali effetti nella società del “corrotto” e del corrotto

Oltre alla valutazione del rischio di corruzione societaria, esteso anche ai “sottoposti”, il testo di Legge dà attuazione alle indicazioni provenienti dall'adesione alla Convenzione ONU ed alla Decisione del 2003, che vogliono il reato di corruzione privata tra i reati-presupposto della responsabilità dell'ente *ex d.lgs.* 231/2001.

E sotto questo profilo come in questa specifica disciplina esiste un doppio livello di responsabilità dell'ente (da un lato coloro che abbiano funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua autonoma unità organizzativa, ai sensi dell'art. 6; dall'altro coloro la cui attività sia diretta o controllata dai predetti, ai sensi dell'art. 7), così nella nuova figura di reato sono previsti distinti profili di attribuzione della responsabilità, a seconda della

categoria di appartenenza, di vertici e organi di gestione o controllo (art. 2635, comma 1) oppure di sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei primi (art. 2635, comma 2).

Quindi, non solo la nuova corruzione tra privati costituirà fonte di responsabilità per l'ente di appartenenza dell'autore della corruzione (secondo la previsione dell'art. 1, comma 77 del testo di Legge, che inserisce l'art. 2635 c.c. nell'elenco dei reati previsti dall'art. 25-ter, comma 1, lettera s-bis, D.Lgs. 231/2001) ma i livelli differenziati di responsabilità, previsti dalla norma penale, ricalcano e già ricomprendono quelli descritti dalla 231.

Sembra di cogliere, in questa tecnica normativa, un sempre maggiore interesse per i profili di responsabilità dell'ente, al punto che le figure di reato nascono costruite già in una prospettiva di responsabilità secondo i parametri della 231, con inevitabili e positivi effetti sull'accertamento della responsabilità sia della persona fisica che della persona giuridica, conformati sulla base di uno schema comune.

Ed è dall'analisi della struttura della fattispecie che possiamo immaginare l'impatto sull'impianto dei Modelli Organizzativi che potrà derivare dal delitto di corruzione privata, a partire proprio dalla distinzione operata tra figure "apicali" e coloro che sono sottoposti alla loro direzione o vigilanza, a cui il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, annette effetti diversi.

Nel primo caso, infatti, sarà l'ente, com'è noto, a dover provare l'esistenza di un idoneo ed efficacemente attuato Modello Organizzativo.

Ma a ben vedere, i soggetti *apicali* indicati al primo comma, ossia gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, non sono in questo caso il fulcro della potenziale responsabilità amministrativa dell'ente.

Costoro, infatti, sono indicati dalla fattispecie come i potenziali destinatari dell'attività corruttiva, ossia coloro che *a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società.*

E' dunque evidente che dalla loro condotta, per la struttura logica stessa del reato, sarà ben difficile immaginare quegli effetti di *interesse o vantaggio* per l'ente, richiesti dal comma 1 dell'art. 5 d.lgs. "231". Ben più naturale pensare che possa ricorrere invece quell'*interesse esclusivo proprio o di terzi*, da cui discenderebbe (art. 5, comma 2) l'assoluta esclusione della responsabilità dell'ente.

E questa sia che si tratti di rapporti tra enti (o società) sia che si tratti di corruzioni da parte di singoli privati finalizzati ad ottenere, ad esempio, sconti particolari nell'acquisto di un bene o un servizio.

Vale la pena di ricordare che sin dalla legge di delega generatrice del decreto 231²³, si era previsto che gli enti dovessero rispondere in relazione ai reati commessi, "a loro vantaggio o nel loro interesse", e che la responsabilità dovesse essere esclusa "nei casi in cui l'autore abbia commesso il reato nell'esclusivo interesse proprio o di terzi".

²³ legge 300/2000, all'art. 11, lett. e).

Nel Progetto di revisione della parte generale del codice penale (art. 123), dalla Commissione presieduta dal prof. Grosso, la persona giuridica potrebbe essere chiamata a rispondere per delitti commessi “per conto o comunque nell’interesse specifico della persona giuridica”.

Scomparebbe, dunque, la dicotomia tra *interesse e vantaggio*.

Anche a livello internazionale si parla di reato commesso *for the benefit*, concetto che si riferisce all’interesse di natura (evidentemente) patrimoniale della persona giuridica.

Il discorso potrebbe invece complicarsi quando la corruzione tra privati avvenisse nei rapporti infragruppo.

Si potrebbe infatti verificare l’ipotesi in cui ad essere corrotto potrebbe essere l’amministratore di una società capogruppo da parte, ad esempio, dell’amministratore di una società controllata, in un’operazione di vendita di beni e servizi infragruppo, ad esempio, finalizzati all’abbattimento dell’imponibile attraverso una lievitazione dei costi.

In questo caso, potrebbe verificarsi l’ipotesi in cui il vantaggio dei singoli - come, ad esempio, il conseguimento degli obiettivi di fatturato per il *corrotto* e la dazione illecita per il *corrotto* - potrebbe tradursi in un beneficio complessivo per il gruppo societario, ad esempio, attraverso un vantaggio di natura fiscale, riscontrabile attraverso il bilancio consolidato.

Mentre è evidente, dunque, che sul fronte del *corrotto* - salvo l’ipotesi di cui sopra - ben pochi dubbi si pongono sulla difficile configurabilità in concreto della responsabilità per l’ente, sia nel caso che ad essere corrotto sia un soggetto apicale, sia che si tratti di un soggetto sottoposto all’altrui vigilanza, cosa diversa è il caso del *corrotto ossia colui che dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma*, per il quale la fattispecie prevede, sul piano della responsabilità penale individuale, le medesime sanzioni.

In questo caso, opererebbero i meccanismi generali del d.lgs. “231”. Ossia, nel caso di *oggetti apicali* spetterà all’ente dimostrare:

- di aver *adottato ed efficacemente attuato*, prima della commissione del fatto, il Modello di Organizzazione e di Gestione idoneo a prevenire l’evento corruttivo, secondo una valutazione *ex ante* e non *ex post*²⁴;
- di essersi dotato di un Organismo di Vigilanza con autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- di esservi stata un’elusione fraudolenta del Modello da parte dell’autore del reato;
- di non aver l’OdV omesso di vigilare o di non aver vigilato in maniera insufficiente²⁵.

E qui ovviamente ricorreranno tutti quei criteri sui quali non ci dilunghiamo, ma che da ultimo sono stati richiamati nella circolare 83607/2012 del Comando Generale della Guardia di Finanza.

7. Le implementazioni dei controlli

Il sistema dei controlli con cui implementare il Modello Organizzativo ed i protocolli non può prescindere, come sempre, dalle concrete modalità commissive del reato.

²⁴ Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Milano, Enrico Manzi, del 17 novembre 2009. Osserva infatti il GIP che “[...] occorre verificare l’efficacia del Modello con valutazione *ex ante* e non *ex post*”.

²⁵ Art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001.

Ricordiamo allora che la condotta può consistere nella *promessa o nella dazione di danaro o di altra utilità*.

E' quindi necessario distinguere due diversi gruppi di modalità corruttive che investono diverse *attività sensibili* o aree di rischio.

Il *primo gruppo* riguarderà tutti quei processi che possono consentire da un lato la materializzazione del beneficio derivante dall'accordo corruttivo, dall'altro la formazione della *provista di danaro* necessaria all'esecuzione dell'attività corruttiva.

In primo luogo è immaginabile infatti che l'accordo corruttivo possa comportare quale beneficio un sovrapprezzo nella vendita di beni o servizi all'ente di appartenenza del *corrotto*.

Ad esempio, Tizio, amministratore della società A, corrompe Caio, direttore acquisti della società B, ottenendo in cambio un'importante fornitura di pezzi di ricambio di macchine utensili a prezzi maggiorati.

Si dovrà quindi agire rigorosamente sui controlli necessari a garantire trasparenza nel cd. "ciclo attivo" prevenendo, ad esempio, una stratificazione nei poteri autorizzativi dei processi di vendita ed una distinzione di ruoli (*segregation of duties*), nell'ambito dell'organizzazione, tra responsabilità nei rapporti con il cliente (cd. *account manager*), responsabilità nella definizione del prezzo di offerta e delle condizioni e tempi di pagamento (e relative penali), responsabilità nella scontistica e responsabilità nella definizione di eventuali risoluzioni transattive in caso di contestazioni. Sono tutte queste le aree che possono rappresentare gli snodi critici in cui si possono insidiare quelle condizioni di favore, sintomatiche della presenza di un accordo corruttivo. La responsabilità dell'organizzazione sta soprattutto nel definire quanto più possibile criteri generali trasparenti anche per la determinazione di un prezzo massimo di offerta per singolo prodotto o servizio, in modo che - pur nella naturale e legittima tendenza alla massimizzazione del profitto - qualunque anomalia possa essere agevolmente rilevata.

Nel caso di vendita di servizi e consulenze, meno tangibili, ancor più l'individuazione e la definizione dei criteri generali di formazione del prezzo è fondamentale.

Così come è importante il cd. *benchmark*, ossia il raffronto con i valori economici di mercato.

Tali regole generali e la loro formalizzazione e tracciabilità devono essere oggetto di comunicazione all'OdV che potrà così vigilare sugli scostamenti (o deroghe) che parimenti dovranno essere oggetto di comunicazioni al predetto Organo.

Si potrà, ad esempio, stabilire, nella disciplina dei flussi informativi verso l'OdV, l'obbligo di comunicare operazioni di *vendita* superiori ad un dato importo che potrà rappresentare la soglia di rischio; od operazioni di vendita superiori di una data percentuale rispetto al prezzo medio del prodotto, come risultante dai criteri generali suddetti; o ancora tutte le operazioni di incasso al di sotto dei termini *standard* di pagamento (ad esempio, fatture pagate a vista).

E' bene ricordare che anche l'aggiramento degli obblighi di comunicazione all'OdV può rappresentare un *aggiramento fraudolento del Modello*²⁶ che escluderebbe la responsabilità dell'ente.

²⁶ 21 marzo 2012 (dep. 18 giugno 2012), sent. Corte di Appello di Milano, Sez. Pen. II.

Per quanto riguarda invece la formazione della *provvista*, valgono tutti quei meccanismi di controllo sul ciclo passivo (*protocollo di acquisti di beni e servizi, protocollo per l'affidamento di consulenza ed altre prestazioni professionali, protocollo di gestione del magazzino, ecc.*) finalizzati a garantire la perfetta rispondenza tra beni e servizi acquistati ed uscite di cassa.

Anche in questo caso sono fondamentali in primo luogo la stratificazione dei poteri autorizzativi di spesa e la chiara definizione di ruoli e responsabilità, tra funzioni che rappresentano un'esigenza di acquisto, funzione che individua e seleziona il fornitore, il consulente o il prestatore di servizi, funzione che ratifica la cd. *entrata merci*, funzione che autorizza il pagamento e funzione che effettua il controllo di gestione e la *tracciabilità delle operazioni*.

Allo stesso modo assume importanza la determinazione delle regole generali, soprattutto su termini e condizioni di pagamento, che possono rappresentare una barriera frustrante rispetto ad accordi illeciti con fornitori, finalizzati a transazioni economiche per operazioni *inesistenti*, destinate solo alla creazione di provviste di danaro.

Fissate le regole generali, sarà necessario prevedere che ogni operazione in deroga dovrà essere segnalata all'Organismo di Vigilanza.

Più complesso è il *secondo gruppo* di ipotesi comportamentali, ossia le *altre utilità*, quale contropartita dell'accordo corruttivo.

Peraltro tale espressione può rappresentare l'anello debole dell'impianto normativo che, in assenza di più chiare definizioni, rischia di limitare eccessivamente la libertà d'impresa allargando notevolmente lo spettro delle condotte potenzialmente perseguibili.

Alcuni esempi, tratti dalle pratiche più ricorrenti, potranno essere illuminanti.

Cosa accadrebbe, ad esempio, nel caso in cui il dirigente dell'azienda A, in cui sono bloccate le assunzioni, chiedesse ad un suo fornitore fidelizzato di assumere temporaneamente un valido elemento, canalizzandone la remunerazione nell'ambito del contratto di fornitura?

O come potrebbe essere letta l'ospitalità in una *beauty farm* da parte dell'azienda B di dirigenti di un potenziale cliente?

Che valore assumerebbero le cd. spese di rappresentanza finalizzata ad attività di *business development*?

Come sarebbe interpretata la richiesta da parte di una multinazionale farmaceutica ad un suo fornitore di partecipare ad un programma di liberalità in favore di una ONG in un Paese del terzo mondo?

Non vi è dubbio che la già citata giurisprudenza in materia di modicità del valore dei cd. *omaggi natalizi*, già recepita nei Codici Etici di molte aziende, fornisce dei criteri di ragionevolezza per l'interpretazione della soglia limite nel concetto di *altra utilità*.

Ma il rischio di un'eccessiva criminalizzazione di prassi comportamentali nelle relazioni tra imprese rimarrebbe alto.

Tuttavia da qui bisognerà partire, come sempre, per mettere in atto un sistema di controlli efficaci.

I processi, le attività sensibili ed i relativi controlli, in questo caso, sarebbero quelli già trattati a difesa dal rischio dei delitti contro la P.A., ossia *la gestione delle spese di rappresentanza, la gestione della cd. omaggistica, delle liberalità e delle sponsorizzazioni*.

Per cui, a titolo di esempio:

- le spese di rappresentanza dovrebbero essere limitate a pranzi o cene di lavoro e comunque prevedere una chiara casistica ed un flusso di comunicazioni verso l'OdV affinché possa vigilare su eventuali abusi;
- stesso dicasi per ciò che concerne i cd. omaggi a clienti, da limitarsi alla gadgettistica o ad oggetti di puro valore simbolico, con la previsione di un listino nell'ambito di un contratto quadro. Anche in questi casi dev'essere previsto un flusso di segnalazioni all'Organismo di Vigilanza che attraverso l'analisi incrociata con altri dati, ad esempio, quelli relativi alle commesse acquisite, potrà rilevare eventuali abusi o i segnali di accordi corruttivi;
- sono da vietarsi liberalità che non siano inquadrare in programmi generali di *social responsibility*;
- da vietarsi altresì sponsorizzazioni sportive di *club*, associazioni, ecc. riconducibili ad un ente/cliente o, peggio ancora, a suoi singoli *managers*.

Inoltre andrebbero accentuati taluni divieti e intensificate alcune regole, anche semplicemente comportamentali, già solitamente presenti nell'ambito dei Modelli Organizzativi e nei Codici Etici, riguardanti i rapporti tra fornitori o clienti, per evitare che eccessive fidelizzazioni *ad personam* possano generare prassi e comportamenti illeciti.