

PRIME RIFLESSIONI SULLA NUOVA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ DI CUI ALL'ART. 323-TER C.P.

di Raffaele Cantone e Alessandro Milone (*)

SOMMARIO: 1. Il progetto “Cernobbio” e l’attenuante di cui all’art. 323-bis c.p. – 2. L’introduzione dell’art. 323-ter c.p. – 3. I reati presupposto. – 4. Il termine della (auto)denuncia. – 5. Il comportamento richiesto – 6. Il limite negativo. – 7. Considerazioni finali.

1. Il progetto “Cernobbio” e l’attenuante di cui all’art. 323-bis c.p.

L’idea di inserire nel nostro ordinamento un istituto di tipo premiale per colui che collabora con la giustizia, anche nei casi di corruzione, era stata avanzata già alcuni decenni fa, in seguito agli anni di Tangentopoli, nella cd. “Proposta della Statale” o nel cd. “Progetto Cernobbio”¹.

Le indagini effettuate in quel periodo, in particolare, avevano portato alla luce un radicato sistema di corruzione pubblica nella politica e nella pubblica amministrazione che aveva messo in forte crisi il rapporto di fiducia tra cittadini ed istituzioni, essenziale per la sopravvivenza della democrazia e dello Stato di diritto.

(*) Pur essendo il presente contributo l’esito di riflessioni comuni dei due autori, i paragrafi 2,5,6 sono attribuibili a Raffaele Cantone e i paragrafi 1,3,4 ad Alessandro Milone; il paragrafo 7, è, invece, da attribuirsi in comune ad entrambi.

¹ Definite come “Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti”, vennero presentate il 14 settembre 1994 da G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia. Vengono ricordate anche con riferimento alla città di Cernobbio perché pochi giorni prima della presentazione ufficiale durante il convegno di Milano, A. Di Pietro ne anticipò la realizzazione intervenendo al seminario annuale organizzato dallo Studio Ambrosetti proprio a Cernobbio. Per più ampi riferimenti, si v. F. STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 935; D. PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, *ivi*, 948; D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 3; T. PADOVANI, *Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, *ivi*, 1996, 453; G.M. FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 945 ss.; F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, *ivi*, p. 941; G. ZAGREBELSKY, *Dopo Mani Pulite tanti interrogativi*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 508; G. INSOLERA, *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 17 ss.



6/2019

Il gruppo di docenti, magistrati ed avvocati, che si riconosceva in quel progetto, facendo tesoro delle esperienze maturate durante la conduzione delle inchieste, aveva provato a delineare una riforma complessiva del sistema di contrasto alla corruzione.

L'obiettivo perseguito era quello di rendere più efficace l'azione repressiva senza, però, comprimere le garanzie tipiche del diritto penale liberale.

Il progetto², in particolare, all'art. 10, conteneva quello che era definito come "secondo pilastro" del nuovo sistema anticorruzione, ovvero la previsione di una causa di non punibilità per il corrotto ed il corruttore.

Il gruppo di studiosi spiegava la necessità di questa innovazione, in ragione del preminente interesse pubblico ed in funzione di supplire alla mancanza di testimoni o vittime che potessero aiutare nel difficile compito di scovare tali fatti criminosi.

La scelta di utilizzare un istituto dalla connotazione squisitamente premiale veniva considerata compatibile con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale prevista dall'art. 112 della Costituzione e, quindi, con l'impossibilità di ricorrere, invece, a strumenti tipici dell'esperienza anglosassone – come il *charge bargaining*³ – che consentono all'accusa di rinunciare a perseguire un reato.

La causa di non punibilità "cernobbiana", dal punto di vista del criterio cronologico – temporale, consentiva l'autodenuncia entro tre mesi e, ad ogni modo, mai dopo l'iscrizione della notizia di reato nel registro generale.

Essa, inoltre, era strutturata⁴ in modo da riflettere la bilateralità del rapporto corruttivo, prevedendo per corrotto e corruttore due comportamenti simili, ma elencati

²Il progetto "Cernobbio" recepì anche le indicazioni contenute in diverse proposte di legge presentate negli anni precedenti in Parlamento. Tra le altre il documento cita la proposta di legge Azzaro ed altri, n. 1789, presentata alla Camera dei Deputati il 31 maggio 1984 e la proposta di legge Fumagalli Carulli, n. 2556, presentata alla Camera dei Deputati il 16 febbraio 1993.

³ I sistemi penali anglosassoni in particolare prevedono un frequente ricorso all'uso del "*plea bargaining*" ovvero il c.d. patteggiamento. Esso consistente in almeno tre tipi di scelta e di negoziazione tra l'accusa e la difesa: nel *charge bargaining* l'imputato accetta di dichiararsi colpevole per un reato minore di quello realmente commesso ottenendo una riduzione di pena o riqualificazione dell'accusa (da tentato omicidio ad aggressione aggravata), nel "*sentence bargaining*" si ottiene, confessando, soltanto un effetto sulla pena da scontare o, nei casi meno gravi, una sentenza di "*time-served*" che generalmente comporta il rilascio immediato, mentre il terzo tipo di accordo il c.d. "*crown witness agreement*", che in questa sede maggiormente interessa, consiste nella possibilità per l'imputato di ottenere immunità da azioni penali in cambio della testimonianza contro il complice del reato o una collaborazione attiva nell'attività di indagini. Per più ampi riferimenti, si v. A.M. CRESPO, *The hidden law of plea bargaining*, Columbia Law Review vol. 118 n. 5; J. BALDWIN – M. MCCONVILLE, *Plea bargaining and Plea Negotiation in England*, Law & Society Review, 1979, vol. 13 n. 2 pp. 287-307.

⁴L'art. 10 del progetto "Cernobbio", strutturato in tre commi, così recitava (Causa di non punibilità per la corruzione): "1. Non è punibile chi abbia commesso il fatto previsto dall'articolo 317 o dall'art.318 qualora, prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per individuare altri responsabili. 2. La non punibilità del corrotto è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto, ovvero, per la parte in cui la somma che sia stata utilizzata nell'interesse altrui o versata ad altri, dia indicazioni che consentano di individuare l'effettivo beneficiario. 3. La non punibilità del corruttore è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla comunicazione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a

separatamente. La norma comportava l'obbligatorietà della restituzione di quanto ricevuto per il corrotto o di una somma pari a quanto versato per il corruttore, immaginando che lo scambio corruttivo avesse ad oggetto un atto per una tangente.

Quella proposta che aveva ricevuto serrate critiche da parte della dottrina maggioritaria⁵, per lungo tempo era rimasta solo argomento di studio anche se era riaffiorata di tanto in tanto, quando le situazioni contingenti riportavano in auge il tema della lotta alla corruzione.

È solo con la legge 27 maggio 2015, n. 69, che viene introdotto un primo istituto "premiante", inserendo nell' art. 323-bis c.p. un secondo comma per chi sceglie di collaborare con l'autorità giudiziaria⁶.

La scelta legislativa, però, a differenza delle indicazioni del "gruppo di Cernobbio", si muove con maggiore cautela, non introducendo affatto una causa di non punibilità⁷.

Riconosce, invece, una consistente diminuzione della pena (da un terzo a due terzi) a chi, con comportamento *post delictum*, si adopera per conseguire uno dei seguenti obiettivi: evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro delle somme o utilità trasferite all'*intraeus*⁸.

quanto versato".

⁵ In senso critico rispetto al progetto, si v., *ex plurimis*, C. F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli: il progetto anticorruzione di Mani Pulite fra utopia punitiva e suggestione premiante*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2345; F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, su *Riv. trim. dir. pen. Cont.*, 2012, 1, p. 94 che, preferendo strumenti volti a incentivare la collaborazione di soggetti terzi come il *whistleblowing*, osserva come "da un lato, lo strumento premiante in un contesto come quello corruttivo si presta ad essere strumentalizzato in chiave di ricatto, soprattutto dei pubblici agenti che ricoprono cariche politiche. Dall'altro lato, le misure premiali in contesti corruttivi possono addirittura rivelarsi criminogene, ingenerando nel privato corruttore l'idea che se il patto corruttivo viene scoperto comunque esiste sempre una "via di fuga" dalla sanzione". Per una posizione, invece, maggiormente possibilista, si v. F. VIGANÒ, [I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, p. 22 per il quale "nulla vieterà a priori di pensare – per stimolare la collaborazione con le autorità inquirenti dei partecipi del patto corruttivo – a sconti di pena o addirittura a cause di non punibilità in favore di chi denunci il fatto entro un dato termine (secondo il modello dall'art. 426 del codice penale spagnolo), o di chi comunque collabori efficacemente con le indagini, così come proposto (...) dal progetto di Cernobbio. Bisognerà, beninteso, bilanciare attentamente pro e contra di simili prospettive: ma, certo, si tratterebbe di soluzioni in ogni caso preferibili, se non altro perché più trasparenti e controllabili, rispetto all'attuale situazione di sostanziale arbitrio delle procure nella scelta se contestare al pubblico agente una concussione (con conseguente impunità del privato) o, all'opposto, una mera corruzione passiva".

⁶ Il secondo comma dell'art. 323-bis recita: "Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi".

⁷ Analogamente, V. MONGILLO, [Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015](#), in questa *Rivista*, 15 dicembre 2015, p. 11 che considera quella del legislatore del 2015 una "scelta ragionevole, rispetto all'opzione per una causa di non punibilità".

⁸ Sull'attenuante si veda A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma*



6/2019

L'attenuante – costruita secondo una tecnica ormai consolidata, affinata nel periodo della legislazione c.d. dell'emergenza terroristica e mafiosa⁹ – si applica per i soli reati di corruzione (anche nella forma dell'istigazione) ed induzione indebita.

Trova la sua *ratio* nella minore capacità a delinquere del colpevole che “si sia efficacemente adoperato” al fine di ottenere uno dei risultati sopra indicati, mirando ad ottenere una collaborazione c.d. processuale, utile comunque a far emergere anche possibili fatti corruttivi non noti

Le condotte di resipiscenza meritevoli della riduzione di pena sono contemplate in forma alternativa e non cumulativa, in quanto il legislatore ha voluto offrire al soggetto che sceglie di collaborare una serie di possibili opzioni, con un unico filo conduttore; il comportamento del colpevole deve essere antagonista rispetto alla condotta delittuosa posta in essere.

Nella disposizione non sono previsti limiti temporali, perchè essa si concentra sostanzialmente sul risultato da conseguire. È richiesto, infatti, che la collaborazione produca un “effetto” concreto ed utile per il prosieguo delle indagini e per la ricerca della prova, e ciò a prescindere da qualsiasi valutazione sulla spontaneità del “pentimento”.

Oltretutto, non è richiesto l'effettivo impedimento degli “esiti ulteriori” richiamati nella norma, ma il giudice deve valutare l'oggettiva validità ed idoneità del contributo offerto dal collaborante, a prescindere sia dal raggiungimento dello scopo che come detto dalla genuinità del “pentimento”.

È plausibile (ed anzi molto probabile), quindi, che il reo ne usufruisca anche a seguito dell'inizio di un'indagine a suo carico per il fatto commesso e, strategicamente, decida di collaborare per attenuare la propria sanzione.

È forse ancora presto per poter trarre un bilancio sull'operatività e sull'utilità di un'attenuante che aveva portato con sé tante aspettative, anche se lo scetticismo di una

anticorruzione (l. 69/2015), in *Studium Iuris*, 2015, n.10; C. BENUSSI, [Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.](#), in questa *Rivista*, 26 giugno 2015; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69/2015*, cit.; G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n.65/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, ivi, 21 gennaio 2016.

⁹ In termini, C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, cit., secondo cui “L'attenuante è modellata secondo la tecnica della legislazione di emergenza di tipo premiale che, negli ultimi quarant'anni, ha spiegato i suoi effetti nell'ambito dei (i) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 4 d.l. n. 625 del 1979), (ii) delitti di mafia e reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso (art. 8 d.l. n. 152 del 1991), (iii) traffico di sostanze stupefacenti e di associazione costituita allo scopo di effettuare tale traffico (artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309/1990), (iv) sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione (art. 630 c.p.), (v) furto (art. 625-bis c.p.), (vi) riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù o delitti di sfruttamento sessuale dei minori (art. 600-septies.1 c.p.), (vii) reati ambientali (art. 452-decies c.p.) e finanche nell'ordinamento penitenziario (art. 58-ter) mediante l'eliminazione – per chi collabora con la giustizia – del più gravoso regime penitenziario speciale previsto per gli indiziati o condannati per reati di mafia. Essa persegue una politica criminale finalizzata, attraverso meccanismi premiali, a spezzare la catena di solidarietà che lega i protagonisti della fattispecie corruttiva, animati da un comune interesse e normalmente uniti da un patto segreto che opera nell'ombra e si consolida con l'omertà”.

parte della dottrina¹⁰ è confermato dai numeri; non sembrano, ad oggi, particolarmente numerosi i casi di applicazione della disposizione¹¹.

2. L'introduzione dell'art. 323-ter c.p.

La legge n. 3 del 9 gennaio 2019, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", nota alle cronache come legge "spazzacorrotti"¹², tra le diverse novità che ha portato con sé¹³, ha innestato nel codice

¹⁰ Così F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, cit., p. 93 sulla previsione dell'inserimento nell'ordinamento della circostanza attenuante: "quanto alla circostanza attenuante, essa non pare capace di promuovere la rottura del sodalizio criminoso, vista la scarsa consistenza del "premio", anche qualora – sul modello di quella prevista dal Disegno di legge di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999, presentato il 4 dicembre del 2007 alla Camera (A.C. n. 3286) – comportasse la riduzione della pena fino a due terzi".

¹¹ Al massimario della Cassazione non sono state reperite massime che si sono occupate dell'attenuante e non risultano nemmeno sentenze di merito edite; nell'ambito di un MONGILLO procedimento per fatti corruttivi commessi in relazione all'attività della nota centrale di committenza statale, Consip spa, indagini che hanno avuto ampio risalto mediatico, sembra, per quanto rappresentato dalla stampa, che sia stata riconosciuta ad un ex funzionario di quella struttura, che aveva collaborato con gli inquirenti, l'attenuante in parola.

¹² Per uno sguardo d'insieme sulle novità introdotte dalla c.d. riforma, senza alcuna presunzione di completezza, M.C. BRANDAZZI, *La nuova normativa anticorruzione*, Milano, 2019; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 30 settembre 2018; G. FLORA – A. MARANDOLA, (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (l. 3 gennaio 2019, n.3 cd. "spazza corrotti")*, Pisa-Ospedaletto, 2019; G.L. GATTA, [Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva](#), in questa *Rivista*, 17 dicembre 2018; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sull'inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318) e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) nel disegno di legge Bonafede*, in *Cass. pen.* 2018, p. 3577 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nulla nuova "legge spazza corrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, *ivi*, 2019, p. 44 ss.; V. MONGILLO, [La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione](#), in questa *Rivista*, 5, 2019, 231 ss.; G. PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Napoli, 2019; F. RIPPA, *Novità legislative interne in Proc. pen. e giust* 2019, pp. 291 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge "spazza corrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.* 2018 p. 3589 ss.; A. DE CARO, *La legge cd. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Proc. pen. e giust.* 2019 p. 281 ss.; T. PADOVANI, *Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch, pen.* n. 3/2018; M.C. UBIALI, [Presentato alla Camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione \(cd. "Spazza Corrotti"\)](#), in questa *Rivista*, 2 novembre 2018.

¹³ È noto che il ddl nato con l'obiettivo di intervenire sulla disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione è andato ben oltre le intenzioni originarie, occupandosi anche della trasparenza dei partiti e delle fondazioni politiche e poi, con un emendamento blitz durante la discussione parlamentare, anche delle prescrizione dei reati, spostando l'entrata in vigore di tale ultima disciplina al 2020; per più precisi riferimenti a tali aspetti della disciplina, si v. M.C. UBIALI, [Le disposizioni extrapenali della legge c.d. Spazza-corrotti: trasparenza e finanziamento dei partiti politici e norme sulla regolamentazione delle fondazioni](#), in questa *Rivista*, 21 gennaio 2019 e G.L. GATTA, [Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione](#), *ivi*, 21 gennaio 2019.

penale – ad opera dell’art. 1, comma 1, lett. r) – l’art. 323-ter la cui rubrica recita “causa di non punibilità”.

Quest’ultima si aggiunge all’attenuante sopra indicata, in una sorta di *climax* ascendente di premialità¹⁴ e, in estrema sintesi, scatta nei casi di volontaria, tempestiva e fattiva collaborazione per i reati di corruzione e per alcuni tassativi reati contro la pubblica amministrazione (cd. paracorruttivi).

Il nuovo istituto appare effettivamente riconducibile all’alveo delle cause di non punibilità in senso stretto¹⁵, riferendosi ad un reato completo nei suoi elementi costitutivi e trovando la sua *ratio* in una valutazione frutto di una specifica opzione discrezionale, di marca politico-criminale¹⁶.

La ragione dell’intervento legislativo, come si legge anche nella relazione di presentazione del disegno di legge, risiede nel tentativo di contrastare la c.d. “cifra oscura” dei reati di corruzione.

La soluzione punta, in pratica, in una logica tanto special-preventiva quanto general-preventiva, a rompere il “legame solidaristico e di omertà” che lega i contraenti del patto corruttivo, disincentivando in via preventiva la commissione di condotte illecite ed introducendo “un fattore di insicurezza con effetti dissuasivi” nel rapporto fiduciario tra *intraneus* ed *extraneus* della pubblica amministrazione¹⁷.

Il legame corruttivo è di reciproco vantaggio e nell’ottica dell’efficiente riuscita del *pactum sceleris* esso è destinato a rimanere perpetuamente segreto con il mutuo interesse delle parti; con la norma si prova, invece, a togliere sicurezza e solidità al patto stretto, insinuando nei contraenti il dubbio latente che l’altra parte possa venir meno agli accordi e denunciare la commissione dell’illecito.

L’obiettivo principale, però, è soprattutto quello di favorire l’emersione dei fatti corruttivi; riconoscendo l’impunità a chi denuncia si vuole stimolare il comportamento di resipiscenza delle parti del patto e, attraverso l’autodenuncia, la conseguente individuazione della *notitia criminis*.

La scelta dell’istituto ha avuto come indiretto effetto positivo la rinuncia all’introduzione dell’altro, pur finalizzato al medesimo obiettivo, e cioè del cd. agente

¹⁴ L’espressione è di T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la pubblica amministrazione: al nemico che fugge ponti d’oro*, in *DisCrimen*, 14 marzo 2019. Sul punto si veda anche G. DOMENICONI, *Le nuove cause di non punibilità*, in G. Flora – A. Marandola, (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali* (l. 3 gennaio 2019, n.3 cd. “spazza corrotti”), Pisa-Ospedaletto, 2019, 54 ss.

¹⁵ Nel senso che le cause di non punibilità in senso stretto sono contrassegnate dal fatto che la circostanza rilevante per la non punibilità è costituita da un comportamento del reo, successivo alla commissione del reato, si v. C. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, vol. I, Torino, 2004, p. 365.

¹⁶ In termini analoghi, V. MONGILLO *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, cit., 266, secondo cui la causa di non punibilità è, fra l’altro, di natura chiaramente soggettiva, potendo avere effetti nei confronti della sola persona fisica cui si riferisce e non anche ad eventuali concorrenti; a conclusioni diverse, invece, v. A. CISTERNA in *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, in *Guid. Dir.*, 2019, 7, p. 71 ss., secondo cui la fattispecie in esame arricchirebbe “le previsioni incriminatrici in tema di reati contro la pubblica amministrazione di un elemento negativo di natura temporale e di uno dichiarativo/comportamentale: ossia il fatto X è punito a condizione che non sopraggiunga in un tempo Y la condizione Z”.

¹⁷ Relazione illustrativa al disegno di legge n. 1189.

provocatore, il cui utilizzo, in una prima fase, anche era stato paventato e la virata verso la ben diversa e più rassicurante figura dell'agente infiltrato¹⁸.

Sul punto, la novella legislativa sembra aver opportunamente preso atto della posizione ormai granitica della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo¹⁹, che ha ritenuto del tutto incompatibile la figura indicata con i principi del giusto processo.

Invero, la citata tecnica investigativa appare più confacente ad uno stato di polizia che ad uno stato di diritto, atteso che con essa si determina in altri la volontà di porre in essere una fattispecie criminosa che diversamente non sarebbe stata realizzata, derogandosi, in modo macroscopico, al principio della punibilità del concorso istigatorio²⁰.

La figura dell'agente infiltrato è, invece, in linea con i principi dell'ordinamento, se costui si limita a svolgere il mero ruolo di osservatore esterno della condotta criminale, funzionale alla raccolta di prove della realizzazione della stessa²¹.

¹⁸ L'art. 1, comma 8, della citata legge n. 3/2019 ha, in particolare, ampliato la fattispecie dell'agente infiltrato, già prevista nell' art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, riscrivendo integralmente la lett. a) del comma 1 di quella disposizione, in modo da consentire l'utilizzo della tecnica investigativa in esame anche per i reati di cui agli art. 317, 318, 319, 319-bis, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, c.p.; per maggiori riferimenti alla novità legislativa, si rinvia a P. IELO, [L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive](#), in questa *Rivista*, 5 marzo 2019; G. AMATO, *Infiltrato a caccia di riscontri e prove senza "provocazione"*, in *Guid. Dir.*, 2019, 7, p. 87 ss.; per un riferimento anche alla disciplina comparata ed ai problemi di possibile compatibilità con le norme CEDU, si v. B. FRAGASSO, [L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca](#), in questa *Rivista*, 5 marzo 2019; A.F. MASIERO, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 8 aprile 2019; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Archivio Penale* n.1/2019.

¹⁹ Si v., fra le altre, Corte EDU (Grande Camera), 5 febbraio 2008, Ramanauskas c. Lituania (n. 74420/01); Corte EDU, 20 febbraio 2018, Ramanauskas c. Lituania (n. 55146/14); Corte EDU, 04 novembre 2010, Bannikovac. Russia (n. 18757/06); Corte EDU, 4 luglio 2017, Matanovic c. Croazia, (n. 2742/12); Corte EDU, 15 maggio 2018, Virgil Dan Vasile c. Romania, (n. 35517/11).

²⁰ Così, *ex plurimis*, R. CANTONE, G.L. GATTA, [A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione](#), in questa *Rivista*, 22 febbraio 2018; in termini anche, B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in questa *rivista*, cit.; sulla figura, in generale, dell'agente provocatore si v. *ex plurimis*, T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi Sassaresi*, XV, Sassari, 1937; A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 396 e ss.; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991

²¹ Nella giurisprudenza nazionale, la distinzione fra agente provocatore (che istiga alla commissione del reato) e infiltrato (che si limita all'acquisizione di prove in relazione all'attività illecita già in corso) può considerarsi ormai un dato acquisito; *ex plurimis*, Cass. sez. III, 15 gennaio 2016, n. 31415, *CED Cass.* n. 267517-01 e Cass. sez. III, 9 maggio 2013, n. 31805, *ivi*, n. 257675.

3. I reati presupposto.

La causa di non punibilità è destinata a trovare applicazione per un vasto catalogo di reati, puniti dal codice penale.

Essi sono, in particolare, le tre fattispecie di corruzione (e cioè art. 318, corruzione per l'esercizio della funzione, art. 319, corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, art. 319-ter, corruzione in atti giudiziari), l'induzione indebita a dare o promettere utilità prevista (319-quater), nonché alcuni reati considerati possibile "spia" della corruzione, che puniscono comportamenti illeciti commessi nella fase di assegnazione degli appalti pubblici (in particolare, art. 353, turbata libertà degli incanti, art. 353-bis, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, art. 354, astensione dagli incanti).

Tra i reati presupposto la norma, per completezza, prevede anche il richiamo agli artt. 320 (corruzione di persona incarica di pubblico servizio), 321 (pene per il corruttore) e 322-bis (peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione, istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri) limitatamente, per quest'ultima fattispecie, ai delitti di corruzione ed induzione indebita ivi indicati.

Non è, invece, invece, ricompreso nell'elenco il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), che pure era presente nel testo dell'originario disegno di legge.

È una scelta che desta qualche perplessità, soprattutto alla luce della sostanziale modifica del previgente assetto del codice in materia di millantato credito e traffico di influenze illecite; il nuovo reato, riformulato proprio dalla legge n. 3 del 2019, adesso li ricomprensive entrambi, con l'obiettivo di intervenire in modo più rigoroso su comportamenti considerati particolarmente pericolosi, in quanto prodromici alla corruzione vera e propria²².

La nuova fattispecie, strutturata come "reato contratto", al pari della corruzione, avrebbe, quindi, giustificato la possibilità di estendere la causa di non punibilità²³.

Le criticità maggiori riguardano, però, alcuni reati del "catalogo".

²² Per un approfondimento sul nuovo traffico di influenze illecite sia consentito il rinvio a R. CANTONE, A. MILONE, [Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite](#), in questa *Rivista*, 3 dicembre 2018; C. RIZZO, *Lo "spazzafaccendieri" della "spazza corrotti". Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1; N. MAIELLO, *L'abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza nel buio della riforma*, *ivi*. La nuova formulazione ha sì aumentato le pene previste dalla previgente normativa per la stessa condotta ma esse non sono soddisfacenti, innanzitutto, sotto due profili: il nuovo massimo edittale resta inferiore sia in relazione alla soglia che consente l'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche ed ambientali sia rispetto al vecchio millantato credito, abrogato e assorbito dalla nuova disciplina.

²³ In termini, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, *cit.*, 264.



6/2019

Fra i reati presupposto della nuova causa di non punibilità sono indicati, in particolare, delitti anche “monosoggettivi”, come la turbata libertà degli incanti (art. 353), la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis*)²⁴.

È pur vero che, spesso, queste fattispecie vengono commesse in concorso con altri e soprattutto con funzionari pubblici, ma in astratto – e la casistica ne conosce ipotesi – tale situazione può anche non verificarsi.

Considerando, ad esempio, uno dei reati presupposti citati in precedenza, e cioè la turbata libertà degli incanti, e tenendo presente che esso, come reato di pericolo, si realizza indipendentemente dal risultato della gara che si vuole influenzare, ci si potrebbe trovare nella situazione di un agente che non riesca nemmeno ad influenzare l'andamento di una gara ad evidenza pubblica, pur avendo posto in essere la condotta tipica.

Rispettando il termine utile dei quattro mesi, potrebbe decidere di autodenunciarsi, limitandosi a fornire indicazioni utili per assicurare la prova del reato, non essendo presente un corresponsabile da denunciare e non essendoci utilità da dover restituire.

Con tale comportamento adempirebbe (formalmente) agli obblighi previsti dall'art. 323-*ter* c.p. e finirebbe per sfuggire alle conseguenze penali, senza arrecare alcun vantaggio effettivo per l'attività investigativa²⁵.

Proprio per le ragioni da ultimo indicate appare, invece, corretta l'opzione legislativa di non inserire nel catalogo le fattispecie di istigazione alla corruzione (322), previste, invece, nell'ipotesi di attenuante di cui all'art. 323-*bis*.

Estendere il “ponte d'oro” a condotte come queste, avrebbe potuto, infatti, permettere a colui che dopo aver tentato infruttuosamente di commettere il reato, di fronte al rifiuto di stringere il *pactum scleris*, da parte del pubblico funzionario onesto, denunci il fatto al solo fine di usufruire della scriminante²⁶.

Resta, però, un evidente cortocircuito logico in cui è inspiegabilmente caduto il legislatore, da una parte, giustamente, escludendo la non punibilità per i reati tentati di corruzione, dall'altra, erroneamente, inserendo taluni reati con carattere monosoggettivo.

²⁴ La giurisprudenza, con particolare riferimento al reato di cui all'art. 353 c.p., ha escluso che si tratti di reato a concorso necessario; così Cass. Sez. VI, 11 giugno 1998, De Bartolo, in *Cass. pen.*, 1999, 544 con nota adesiva di G. AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*. Potrebbe, invece, essere considerata necessariamente plurisoggettiva la fattispecie di astensione dagli incanti di cui all'art. 354 c.p., perché l'astensione dagli incanti avviene a seguito di dazione o promessa di denaro o di altra utilità e chi dà o promette sembra potersi qualificare come concorrente necessario nel reato.

²⁵ Nel senso che, in assenza di un accordo paracorruttivo da denunciare, non sarebbe proprio applicabile la causa di non punibilità, si v. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 5 marzo 2019, p. 6.

²⁶ A conclusioni diverse, invece, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit. p. 264, secondo cui per le fattispecie tentate la causa di non punibilità sarebbe applicabile in virtù del principio di analogia, estensibile *in bonam partem*.

4. Il termine della (auto)denuncia.

Il comma 1 della disposizione individua esplicitamente il termine entro il quale va presentata l'autodenuncia²⁷.

Il "ravvedimento" deve, in particolare, manifestarsi prima di avere notizia dello svolgimento delle indagini e, comunque, entro "quattro mesi" dalla commissione del fatto²⁸.

Il termine massimo quadrimestrale dovrebbe assicurare, in primo luogo, che la "regressione dell'offesa" sia utile, perché tempestiva e realizzata prima del consolidarsi degli effetti del reato; *in secundis*, che il comportamento successivo appaia comunque come un'osservanza, sia pur tardiva, del precetto ignorato o violato in precedenza.

Per individuare con precisione il *dies a quo*, va qui solo ricordato il lungo dibattito, in dottrina ed in giurisprudenza, riguardo al momento di consumazione del reato di corruzione.

Si discute, infatti, se esso vada rintracciato nell'accettazione della promessa corruttiva o se si possa tener presente anche il momento della dazione (o delle dazioni, atteso che spesso la tangente viene diluita in rate²⁹), se questa segue la promessa, quindi, concretizzandola.

La giurisprudenza ormai definitivamente consolidata, soprattutto con riferimento all'individuazione del momento da cui far decorrere il termine di prescrizione, qualifica il reato di corruzione a duplice schema; ritiene cioè il reato già perfetto al momento della promessa, ma considera comunque momenti consumativi, e non meri *post factum non punibili*, quelli in cui si verifica l'ultima delle dazioni (c.d. doppia consumazione)³⁰.

Siccome, però, la norma in esame fa riferimento genericamente alla commissione del reato ed essa certamente si verifica già con la sola accettazione della promessa,

²⁷ Il comma 1 dell'art. 323-ter c.p. in particolare così recita: "Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili".

²⁸ Nella versione originaria del d.d.l. il termine era stato indicato in sei mesi e senza una particolare motivazione esso è stato poi ridotto in sede di approvazione a quattro mesi; circostanza quest'ultima che secondo V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit. 265 dimostra come sia stato del tutto casuale lo specifico lasso concesso dal legislatore per beneficiare dell'esimente.

²⁹ Per una ipotesi di corruzione in cui alla promessa erano seguite una pluralità di dazioni, si v. Cass. sez. VI, 19 marzo 1997, n. 4300, *CED Cass.* n. 208886

³⁰ A queste conclusioni, in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. sez. VI, 17 febbraio 1996, Cariboni, in *Cass. pen.* 1997, 402 e Cass. sez. VI, 7 febbraio 2003, n. 23248, *ivi*, 2004, 2395; in dottrina sulla c.d. doppia consumazione del reato di corruzione si veda V. MEMOLI, *Sul momento consumativo del reato di corruzione*, in *Giur. it.*, 1998, 5, 1014; R. RAMPIONI, *Momento consumativo del delitto di corruzione ed escamotages giurisprudenziali in tema di decorso del termine di prescrizione*, in *Cass. pen.*, 1996, 2556; G. M. SOLDI, *Sul momento consumativo del delitto di corruzione: nihil novi sub sole dalla più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Arch. pen.*, 1/2011.

sembra potersi concludere nel senso che da questo momento scatti il *dies a quo* dei quattro mesi previsti per l'autodenuncia.

Che avvenga poi o meno l'effettiva dazione del denaro o di un'altra utilità non è, quindi, da considerarsi rilevante ai fini in esame, in quanto già "l'accordo scellerato" di per sé rappresenta il più alto grado di offensività al bene giuridico tutelato³¹.

La tesi opposta – che si fonda, invece, sull'idea che è la dazione (o l'ultimo versamento) a segnare il momento finale di approfondimento dell'offesa al bene giuridico³² – porta con sé anche una non irrilevante controindicazione; procrastinando il versamento o la ricezione dei ratei tangenziali le parti del rapporto corruttivo potrebbero incidere, prolungandolo a loro piacimento, sul *dies a quo* per ottenere la esimente.

Con riferimento ai reati diversi da quelli di corruzione, in cui non è sfalsato il momento del perfezionamento e della consumazione non si pongono, invece, particolari problemi; la commissione coincide sostanzialmente con la consumazione.

Il termine quadrimestrale è, però, quello massimo per la denuncia, perché esso potrebbe contrarsi qualora il soggetto abbia ricevuto prima notizia delle indagini.

La conoscenza impedisce il ravvedimento sia perché incide sulla volontarietà della decisione sia soprattutto perché ne fa venir meno l'utilità concreta, attesa la già indicata *ratio* della norma che è quella di far emergere notizie di reato, ignote agli inquirenti.

Ci si domanda piuttosto che cosa debba intendersi per "notizia" di indagini svolte nei confronti del denunciante e cioè se essa debba essere circoscritta alle sole ipotesi di divulgazione ufficiale (*ex artt. 355 e 369 c.p.p.*) o se possa ricomprendere anche le eventuali notizie "informali", ad esempio, apprese a mezzo stampa o, persino, attraverso una illecita fuga di notizie.

Stante il tenore letterale della norma, anche su questo punto non particolarmente preciso, la soluzione preferibile non può che essere quella che più ampia; se si escludesse dal concetto di notizia il caso di conoscenza informale si frusterebbe comunque l'obiettivo perseguito con la norma, determinandosi una situazione capace di incidere sulla corretta applicazione dell'istituto, tale da avallare ed accettare "pentimenti" non volontari ma interessati³³.

³¹ In termini, A. CISTERNA, *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, cit., p. 71 che, fra l'altro, evidenzia la mancanza di coordinazione normativa tra la nuova causa di non punibilità e la norma relativa alle cd. operazioni controllate (ai sensi dei comma 6 e 6-bis dell'art. 9 l. 146/2006) in virtù delle quali ad un soggetto (il più delle volte vittima di concussione), sotto la guida dell'Autorità Giudiziaria, sia consentita la possibilità di portare a compimento l'attività illecita concordata al fine di ottenere ulteriori prove a carico dei corresponsabili dell'azione criminosa: "un problema che dovrà essere risolto dalla prassi e che non può certo invocare a modello il precedente *modus operandi* delle indagini in cui il privato si rivolgeva alle forze di polizia o al pubblico ministero prima che l'accordo fosse perfezionato e, spesso, solo in caso di concussioni o di induzioni indebite".

³² Così, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 269; alle stesse conclusioni, anche F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, cit., p. 7

³³ A conclusioni analoghe, sia pure con qualche perplessità, G. PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019, n. 3*, cit., p. 43

Ciò detto, la notizia per quanto appresa in modo informale deve essere, però, abbastanza precisa; non sarebbe sufficiente, ad esempio, sapere di essere genericamente indagato senza conoscere il titolo di reato, ma è necessario che il soggetto sappia dell'inizio di indagini a proprio carico per il medesimo fatto che si vuole denunciare³⁴.

Su diverso piano ovviamente si pone il problema concreto (della difficoltà) di provare l'effettiva conoscenza dell'esistenza di indagini in corso nei casi di notizie informali; la prova ovviamente graverà, in primo luogo, sull'accusa se intende escludere la causa di non punibilità³⁵; anche l'eventuale accusato dall'autodenuncia potrà, evidentemente, avere interesse a provare la conoscenza dell'indagine.

5. Il comportamento richiesto.

Nei commi 1 e 2 della disposizione³⁶ viene indicato il comportamento che l'agente deve tenere per poter usufruire dell'esenzione di pena.

In particolare, ciò che viene richiesto è una sorta di doppia resipiscenza; una prima consistente in una fattiva collaborazione alle indagini; una seconda finalizzata alla restituzione dell'utilità ottenuta, in funzione evidentemente della futura confisca.

Il primo passo da compiersi da parte di chi vuole conseguire il beneficio premiale è, quindi, la volontaria presentazione di una denuncia, nella quale devono essere indicate tutte le circostanze utili per ricostruire il fatto e per individuare gli (eventuali) altri responsabili.

Il riferimento alla volontarietà e non alla spontaneità non esclude che l'autoincolpazione possa essere ricollegata a motivazioni anche opportunistiche e che non siano necessariamente il frutto di un vero pentimento morale, purché, però, essa sia conseguenza di una scelta libera e non condizionata da fattori esterni³⁷.

Nelle prime interpretazioni fornite da alcuni uffici di Procura, si è ritenuto che il termine "denuncia", utilizzato dal legislatore, non debba essere inteso in senso restrittivo e cioè come un atto che abbia le caratteristiche previste dall'art. 333 c.p.p., ritenendosi, invece, sufficiente anche una dichiarazione resa al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria, "nella forma delle spontanee dichiarazioni *ex art. 350 c.p.p.*"³⁸.

³⁴ In termini, A. CISTERNA, *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, cit., p. 72.

³⁵ Sulle difficoltà probatorie e sui rischi di un utilizzo strumentale dell'istituto da parte del p.m. (il quale potrebbe non far emergere la circostanza della conoscenza per evitare di screditare il proprio teste) si v. G. PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019, n. 3*, cit. p. 44.

³⁶ Il comma 1 dell'art. 323-ter c.p. è stato già riportato sopra alla nota 21; è qui opportuno riportare il comma 2 che così stabilisce: "La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma".

³⁷ Secondo, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, cit., p. 8 la volontarietà verrebbe meno nei casi in cui l'autodenuncia sia motivata da propositi ritorsivi.

³⁸ Ci si riferisce a due direttive emesse dalla Procura di Napoli e Roma con destinatari la polizia giudiziaria, rispettivamente in data 20 febbraio 2019 e 21 febbraio 2019; i due atti sono consultabili [in questa Rivista](#), 5



6/2019

È una posizione da ritenersi condivisibile perché ciò che rileva ai fini della disposizione in esame è che sia resa una manifestazione di volontà, con qualsivoglia forma, con cui si rendano noti i fatti delittuosi

Perché sia concedibile il beneficio non sembra indispensabile che l'autodenuncia sia particolarmente diffusa e specifica; è necessario, invece, che contenga il minimo indispensabile per ricostruire in modo sufficientemente preciso la vicenda criminosa in ogni suo aspetto ed individuare tutti i suoi autori; eventuali maggiori dettagli potranno anche essere forniti nei successivi interrogatori, condotti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero.

Nemmeno si può ritenere preclusa, dalla dizione letterale, la presentazione per lo stesso episodio criminoso di più "denunce", in tempi ovviamente molto ravvicinati, perché è necessario che esse siano rese comunque prima che sia avvenuta l'iscrizione della *notitia criminis*, nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Una respiscenza "a rate" non può, in astratto, escludersi soprattutto quando essa sia conseguente ad un pentimento vero e proprio; potrebbe, ad esempio, accadere che un corruttore si rechi in un ufficio di polizia per raccontare della tangente versata ad un funzionario pubblico per ottenere un appalto e, in un primo momento, taccia del ruolo avuto da un proprio familiare nella vicenda per proteggerlo e poi, resosi conto anche dei rischi della sua non completa collaborazione, ritorni di lì a poco per integrare il proprio primo atto, aggiungendovi ulteriori particolari.

Il secondo aspetto del comportamento collaborativo, invece, riguarda l'utilità conseguita dall'attività illecita; *la ratio* della disposizione sul punto è evidente; non si può prescindere, in una logica di ripristino della legalità, dal recupero del rateo tangenziale.

L'art. 323-bis, a differenza del progetto di Cernobbio, non distingue, però, espressamente cosa è richiesto di fare al corrotto e al corruttore, preferendo descrivere le azioni in modo generalizzato, indicandone più alternative e, in tal modo calibrandole, sia pure indirettamente, ai diversi ruoli rivestiti nella fattispecie criminosa.

La formulazione proposta genera, comunque, tanti interrogativi che rischiano, persino, di minare l'operatività del nuovo istituto.

Il legislatore, infatti, pare aver scritto la norma pensando solo al caso che quello che si voglia "confessare" sia un fatto corruttivo verificatosi, fra l'altro, secondo lo schema classico, in cui l'utilità è costituita da denaro o da un *quid* di immediata valutazione in termini monetari.

Il comma 2, in particolare, specifica che la non punibilità è subordinata "alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo".

Il tutto da effettuarsi "entro il medesimo termine di cui al primo comma"³⁹.

marzo 2019, e sono accompagnati da una nota di prima lettura di G.L. GATTA.

³⁹ Secondo, A. CISTERNA, *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, cit., p. 73 la norma non renderebbe nemmeno chiaro se il termine imposto valga solo per la individuazione del beneficiario effettivo o anche per la messa a disposizione dell'utilità percepita.



6/2019

Nessun problema particolare si verificherà, quindi, nel caso del corruttore che ricevuta una somma di denaro, scelga di autodenunciarsi, consegnando la “mazzetta” ricevuta o il *tantundem*.

La situazione si complica quando l'utilità consista in altro.

La giurisprudenza ha, infatti, fornito della parola sopra indicata una lettura molto più ampia; essa è integrata da un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un *facere*⁴⁰ e ricomprende, quindi, una congerie di prestazioni, in molti casi non monetizzabili, quanto meno in modo semplice.

È utilità, in questa chiave di lettura, l'offerta di un posto di lavoro⁴¹ e, persino, una prestazione di natura sessuale⁴².

Che comportamento in questo caso si potrà esigere dal corrotto, atteso che “la messa a disposizione” è *condicio sine qua non* per ottenere il beneficio?

Sarà evidentemente la giurisprudenza a dover sbrogliare la matassa; si può qui ipotizzare, in modo da non rendere impossibile l'applicazione della norma, in base al noto brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*, che in tutti i casi in cui l'utilità non sia in alcun modo monetizzabile, si possa prescindere dalla restituzione, senza con ciò incidere sulla possibilità di godere dell'impunità

La situazione appare ancora meno chiara dal punto di vista del corruttore; avendo la norma fatto riferimento all'“utilità percepita” è evidente che abbia ritenuto necessaria la *restitutio in integrum* da parte del solo corrotto⁴³; è una soluzione ermeneutica che oltre ad essere imposta dalla lettera della legge appare, a ben vedere, coerente con il sistema che si sta delineando a seguito delle (continue) riforme in materia e, in particolare, con la nuova ipotesi di cd riparazione pecuniaria, introdotta nel 2015, della cd riparazione pecuniaria⁴⁴.

Anche quest'ultima, infatti, consiste in un adempimento imposto al solo corrotto, sul presupposto che è il soggetto che ha ricevuto l'illecita mercede.

Il corruttore, quindi, per adempiere l'obbligo restitutorio potrà limitarsi alla “indicazione di elementi utili per individuarne il beneficiario effettivo”, tenendo, di conseguenza, un comportamento meramente collaborativo che consenta agli inquirenti

⁴⁰ *Ex plurimis*, Cass. sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 45847, in *Cass. pen.* 2014, p. 3578, con nota di L. SCULLO, *Pecuniae obediunt omnia. L'irrelevanza penale delle utilità prive (o quasi) di valore economico*.

⁴¹ Cass. sez. VI; 27 giugno 2013, n. 29789, *CED Cass.* n. 255617, in cui è stata considerata utilità una promessa di aiuto, finalizzata ad ottenere una progressione di carriera nell'ente in cui prestava attività lavorativa

⁴² Da ultimo, sia pure con riferimento alla fattispecie di concussione, Cass. sez. VI, 13 novembre 2015, n. 48920, *CED Cass.* n. 265476.

⁴³ Alle medesime conclusioni, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, cit., p. 10; in termini diversi, invece, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 266 che ritiene che la parola utilità sia stata utilizzata in modo atecnico e che vada, invece, considerata come equivalente a prezzo o profitto del reato, per cui l'onere restitutorio graverebbe su entrambe le parti.

⁴⁴ L'istituto è stato introdotto nel codice dalla legge n. 69 del 2015 e di recente modificato dall'art. 1, lett. q) della l. n. 3 del 2019; sulla natura e sulle ratio dello stesso si rinvia a F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen e proc.* 2015, 810 ss.



6/2019

di intervenire per acquisire l'utilità con gli strumenti coercitivi previsti dal codice di rito, quali la perquisizione o il sequestro.

Una scelta, in conclusione, condivisibile quella del legislatore; il corruttore ha già pagato, per cui non sarebbe equo imporgli una ulteriore prestazione di carattere economico.

La disposizione in esame, però, evidenzia la sua assoluta inadeguatezza nei casi in cui il delitto commesso non sia quello di corruzione, ma un'altra delle fattispecie, pure indicate fra i reati presupposto.

Se si esclude, infatti, l'ipotesi di cui all'art. 354 c.p. (in cui vi è un riferimento all'utilità come possibile contropartita dell'astensione dagli incanti) nelle altre fattispecie non è prevista affatto una prestazione qualificabile in termini di utilità.

Quale comportamento, quindi, dovrà tenere colui che abbia turbato una gara, ad esempio, con un accordo collusivo con altri soggetti, per poter usufruire della causa di non punibilità?

Se in questi casi, la parola utilità dovesse essere letta, sganciata da una controprestazione, e quindi in base al suo significato letterale come vantaggio ottenuto, significherebbe forse che l'agente per pentirsi debba versare il valore dell'appalto ottenuto o basterebbe mettere a disposizione solo il profitto che presume di poter conseguire?

Oppure si potrebbe, probabilmente più a ragione, sostenere che non essendo prevista alcuna utilità nella fattispecie astratta, colui che confessa non sia tenuto ad alcun obbligo restitutorio.

Si tratta di soluzioni alternative su cui dovrà in futuro pure cimentarsi la giurisprudenza.

6. Il limite negativo.

La norma, al suo terzo comma, precisa, infine, che, nonostante l'autodenuncia soddisfi i requisiti summenzionati la causa di non punibilità non può essere invocata qualora si accerti la premeditazione del denunciante rispetto alla commissione ed alla delazione del fatto⁴⁵.

La *ratio* della disposizione si ricollega alla preoccupazione – espressa da più parti già nella fase di esame del disegno di legge⁴⁶ – di un utilizzo strumentale dell'istituto tale da poter far rientrare dalla finestra la figura dell'“agente provocatore”, cacciata, invece, dalla porta principale.

⁴⁵ Il comma 3 dell'art. 323-ter c.p. così recita: “La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006 n.146”.

⁴⁶ Si v. in tal senso il Parere sul disegno di legge AC 1189 del CSM, del 19 dicembre 2018 in *ww.csm.it* e, sia permesso il rinvio, R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, cit., p. 4.



6/2019

Un pericolo ancor maggiore perché l'agente provocatore che riuscisse a celarsi sotto le mentite spoglie di un "pentito" agirebbe al fuori di ogni controllo giudiziario e potrebbe essere mosso da intenti tutt'altro che finalizzati all'emersione di un reato, quali, ad esempio, il desiderio di vendetta personale o di voler eliminare un avversario politico.

Una scelta pienamente condivisibile, quindi, quella fatta dal legislatore che, però, non è detto che riesca ad intercettare davvero le condotte elusive fatte da chi intenda strumentalizzare la causa di non punibilità, perché si scontra, sul piano pratico, con le intuibili ed oggettive difficoltà di poter provare la preordinazione del disegno illecito⁴⁷.

Nello stesso obiettivo, l'ultima parte della norma stabilisce l'esclusione della sua applicazione agli agenti infiltrati che abbiano agito in violazione dell'art. 9 della l. 16 marzo 2006 n. 146.

Una previsione quest'ultima opportuna, introdotta nella fase di discussione parlamentare, per sottolineare il rigore dei limiti posti nei casi di *undercover operations* e per evitare che si possa trasbordare in comportamenti istigatori, che restano illeciti e non scriminabili, anche se posti nell'ambito di un'azione lecita, come quella delle indagini sotto copertura⁴⁸.

7. Considerazioni finali.

Le criticità interpretative evidenziate si pongono inevitabilmente come ostacoli al successo concreto di una norma sulla cui funzione taumaturgica il legislatore sembra avere scommesso tanto⁴⁹.

I nodi problematici rappresenteranno, infatti, un sicuro disincentivo a chi intende fare uso della causa di non punibilità, insinuando il dubbio sulla possibilità di poterla effettivamente conseguire.

Anche, però, lasciando per un attimo da parte le criticità interpretative e le preoccupazioni sulla pericolosità della norma, e accettando – astrattamente – il caso che

⁴⁷Preoccupazioni analoghe sono espresse da G. PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019, n. 3*, cit., p. 44 secondo cui "In sostanza più che un mezzo utile per l'accertamento della verità il serio rischio della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. è che essa sia solo in astratto uno strumento di contrasto alla corruzione, e ancor più una sorta di "spauracchio", con l'elevata possibilità di essere a sua volta strumentalizzato da parte degli stessi corrotti e/o corruttori abili ad approfittarne al solo fine di accusare l'altra parte. Addirittura (...) potrebbe rappresentare una vera e propria *opzione strategica alternativa*, finalizzata a minimizzare le perdite, una sorta di itinerario da percorrere e da seguire offrendosi all'autorità giudiziaria quali potenziali delatori laddove essi siano rimasti insoddisfatti rispetto all'esito che ha avuto un determinato procedimento amministrativo e/o appalto."

⁴⁸Così, B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della corte Edu, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, cit., p. 5 che evidenzia come, grazie a questa disposizione, l'infiltrato andrebbe incontro ad una sicura condanna se dovesse provocare un soggetto innocente a commettere un fatto corruttivo.

⁴⁹Ne sono la riprova le continue evocazioni all'importanza, se non alla decisività per il contrasto ai fenomeni corruttivi, dell'intero impianto della legge "spazzacorrotti" (definita da alcuni, persino, come la prima vera legge anticorruzione della storia repubblicana) ed in particolare di questa specifica norma da parte di alcuni esponenti del governo in carica, per dimostrare quanto si è assunto nel testo.

non si verifichi mai il distorto utilizzo della stessa, è necessario chiedersi quale possa essere la concreta utilità che essa possa apportare “all’armamentario anticorruzione”.

Come detto, l’idea del legislatore è quella di rompere il vincolo considerato indissolubile tra corrotto e corruttore, in quanto fondato sulla convenienza reciproca a scambiarsi utilità.

Se, però, le parti hanno valutato appieno tale convenienza, appartiene forse al mondo delle illusioni ritenere che una di esse, volontariamente, decida di venir meno ad un patto stretto poche settimane prima, perdendo sia il vantaggio (che potrebbe essere anche consistente) derivante dall’accordo sia, soprattutto, andando incontro ad una serie di conseguenze, sotto vari profili.

In primo luogo, il soggetto che si autodenuncia, ammettendo la commissione di un delitto, dovrà essere iscritto nel registro delle notizie di reato, in quanto il beneficio dell’impunità gli potrà essere concesso solo quando saranno ritenuti integrati i plurimi presupposti indicati dall’art. 323-ter e tali saranno vagliati da un giudice, a seguito di una richiesta di archiviazione.

In questa direzione ermeneutica sembrano muoversi le prime direttive adottate da alcune Procure della Repubblica⁵⁰, ma, a ben vedere, si tratta di una soluzione obbligata; il pubblico ministero non potrà di certo svolgere accertamenti che coinvolgono la dichiarazione confessoria, senza garantire alla parte che l’ha resa i presidi indispensabili connessi al diritto di difesa.

All’esito dell’emersione pubblica del procedimento, il dichiarante sarà, inoltre, inevitabilmente coinvolto nel clamore mediatico di una vicenda corruttiva e potrà, persino, essere sottoposto ad un procedimento disciplinare, se pubblico dipendente, in quanto la respiscenza successiva comporta la non punibilità sul piano penale ma non necessariamente dal punto di vista amministrativo.

Il tutto senza nemmeno dimenticare che la novella non ha ritenuto di prevedere beneficio alcuno, dal punto di vista penale, per quelle altre fattispecie di reato che quasi sempre si accompagnano al delitto di corruzione (falso in bilancio, autoriciclaggio, illeciti fiscali etc.)⁵¹.

Infine, come pure è già stato evidenziato⁵², la corruzione, nella maggior parte dei casi, è inquadrata in un vero e proprio sistema di illegalità più ampio e diffuso, in cui la commissione di determinati illeciti non ha affatto carattere estemporaneo ma rientra in logiche e prassi costanti nel tempo.

⁵⁰ Ci si riferisce alle direttive delle Procure della Repubblica di Roma e Napoli, già citate *supra* in nota n. 38, che prevedono, infatti, che il denunciante che si presenti presso un ufficio di polizia per rendere dichiarazioni, debba farlo o nella forma delle spontanee dichiarazioni o con un verbale di assunzione di sommarie informazioni da parte di persona sottoposta ad indagini.

⁵¹ Così, A. CISTERNA, *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, cit. p. 71 ss. il quale sottolinea come “proprio l’esperienza dei più importanti processi per infedeltà pubbliche ha dimostrato quanto rilievo abbia, anche ai fini probatori, la costituzione di provviste illecite presso le imprese che operano nella palude corruttiva, ragione per cui resta senza giustificazione il limitato range applicativo della disposizione”.

⁵² Così, A. TARALLO, *Riflessioni sullo stato della giurisprudenza CEDU in materia di “agente provocatore” e sui rischi impliciti della causa di non punibilità ex art. 323ter c.p. prevista dal d.d.l. contenente misure per il contrasto dei reati contro la p.a. I, 302.*, in *Giust. pen.*, 2018 pp. 302.



6/2019

La stessa esperienza di Tangentopoli, che è alla base dell'ideazione della norma sulla non punibilità, dimostra che di regola "confessa" soprattutto chi è già stato arrestato per qualche altro processo o si trovava in custodia cautelare per altra ragione, rinvenendo nell'ammissione di responsabilità una strategia difensiva giudiziaria per limitare i danni.

Ed allora, in conclusione, accanto al (forse facile) vaticinio secondo cui non ci saranno file presso gli uffici di procura o della polizia giudiziaria di chi intende ammettere fatti corruttivi⁵³, a chi riflette sulle novità legislative resta una domanda di fondo, a cui solo il futuro applicativo potrà dare compiuta risposta.

I rischi (già paventati) di un particolarmente pericoloso utilizzo strumentale dell'istituto saranno davvero compensati da pari benefici che ne deriveranno sul piano del contrasto alla corruzione?

⁵³ In termini analoghi, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit. p. 268 secondo cui "possono nutrirsi seri dubbi sulla reale capacità dell'esimente di riuscire a portare alla luce fenomeni corruttivi diffusi".