



5/2019

LA LEGGE “SPAZZACORROTTI”: ULTIMO APPRODO DEL DIRITTO PENALE EMERGENZIALE NEL CANTIERE PERMANENTE DELL’ANTICORRUZIONE

di Vincenzo Mongillo

Abstract. *Nell’ultimo decennio, una folta sequenza di interventi legislativi ha scandito, in Italia, le strategie di lotta alla corruzione, in chiave sia preventiva che repressiva.*

Nel testo vengono analizzate criticamente le principali novità della recente legge n. 3/2019: gli inediti strumenti investigativi e premiali volti a far emergere la corruzione nascosta, il forte inasprimento delle pene accessorie interdittive, l’estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a., la riformulazione del traffico di influenze illecite, la riforma della prescrizione, e altro ancora.

Il vasto programma politico-criminale delineato dalla legge c.d. “spazzacorrotti” si connota per la piena e definitiva adesione, in questo settore, al “modello emergenziale” di gestione dei problemi sociali mediante il diritto penale, mutuando schemi già invalsi nel contrasto a varie forme di criminalità particolarmente grave.

L’osmosi tra percezione della corruzione come emergenza criminale e incessante escalation legislativa desta preoccupazione per l’erosione dei principi costituzionali del diritto penale e richiede una riflessione di più vasta portata sulle tendenze dello ius puniendi nel nostro Paese, le principali cause interne e sovranazionali, e il “senso del limite” da recuperare.

SOMMARIO: 1. Il contesto: la sequenza di novelle anticorruzione. – 2. Le cause: fattori endogeni ed esogeni della proliferazione legislativa in materia. – 3. Le ricadute normative dell’ascesa della corruzione a “emergenza criminale”. – 4. La progressiva osmosi tra lotta alla criminalità organizzata e lotta alla corruzione: rischi d’irragionevole *overdeterrence* e incertezze applicative degli istituti di nuovo conio. – 5. Spinte all’emersione della corruzione nascosta: i nuovi strumenti investigativi e premiali. – 5.1. Operazioni sotto copertura: il sottile discrimine tra “provocatore” e “infiltrato”. – 5.2. L’inedita causa di non punibilità del denunciante. – 6. La marginalizzazione dell’ideale rieducativo e gli eccessi punitivi della filosofia emergenziale. – 6.1. L’inasprimento delle pene accessorie individuali. – 6.1.1. Possibili questioni di costituzionalità. – 6.2. L’ingresso (retroattivo) del corrotto/corruptore nel girone penitenziario riservato al mafioso. – 6.3. La (sedicente) riparazione pecuniaria riformata (art. 322-*quater* c.p.) e gli enigmatici nessi con la confisca per equivalente (art. 322-*ter* c.p.). – 7. La spasmodica ricerca di una maggiore effettività del sistema penale: dilatazione della giurisdizione extraterritoriale, aumento delle ipotesi di procedibilità d’ufficio, riforma della prescrizione. – 8. Esigenze di conformità vere o presunte ad obblighi internazionali di incriminazione: la riformulazione del traffico di influenze illecite e della corruzione internazionale. – 9. Modifiche in tema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 e involuzione della logica prevenzionale del reato aziendale. – 10. Epilogo: il “senso del limite” da recuperare.

1. Il contesto: la sequenza di novelle anticorruzione.

In Italia gli interventi novellistici precipuamente rivolti alla lotta alla corruzione si sono avvicinati nell'ultimo decennio ad intervalli serrati, all'incirca ogni tre anni. Dopo la legge "Severino"¹ n. 190/2012² e la legge n. 69/2015³, è sopraggiunta il 9 gennaio scorso la legge n. 3/2019⁴, recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza e movimenti politici»⁵.

A fronte di questa stratificazione di leggi, per comprendere appieno il senso e la portata dell'ultima riforma è necessario *in limine* inquadrarla nel percorso evolutivo di maturazione.

Ad innescare il *trend* di profonda rivisitazione delle discipline anticorruzione è stata, come si è detto, la storica *riforma del 2012*, la cui importanza va ben oltre la sua primogenitura. Motivata anche in termini di riscatto economico del nostro Paese, la legge n. 190 ha rappresentato un reale spartiacque nelle strategie di contrasto ai fenomeni corruttivi, delineando un *sistema integrato*. Da quel frangente storico la prevenzione amministrativa è assunta a seconda fondamentale leva dell'azione pubblica in questo campo, a fianco della repressione penale, la leva tradizionale.

Trasparenza, inconfiribilità/incompatibilità di incarichi, conflitti di interesse, piani di prevenzione della corruzione, codici di comportamento, semplificazione e digitalizzazione, vigilanza sugli appalti, ecc., sono così divenuti i capitoli essenziali del

¹ Risale a poco più di un triennio addietro la l. n. 116/2009, la quale però – al di là della fondamentale ratifica della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003 – conteneva, raffrontata alle leggi successive, disposizioni di minore impatto sulla disciplina penale e processuale-penale anticorruzione.

² Per una disamina esaustiva, cfr., nella vasta letteratura in materia, B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013.

³ Per un commento, cfr., per tutti, F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 815 ss.; V. MONGILLO, [Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015. Voce per il Libro dell'anno del diritto Treccani 2016](#), in questa Rivista, 15 dicembre 2015; A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium Iuris*, 2015, n. 10, p. 1115 ss.

⁴ Tale legge, approvata dal Parlamento il 18 dicembre 2018, è entrata in vigore il 31 gennaio 2019, ad eccezione delle nuove norme sulla prescrizione (cfr. *infra* § 7). In tale contributo ci soffermeremo sulle novità concernenti la repressione penale, tralasciando le norme – pur significative – sulla trasparenza e il controllo delle erogazioni a favore di partiti, movimenti politici e fondazioni politiche.

⁵ Tra i primi commenti, prevalentemente di segno critico e concernenti il d.d.l. genetico, presentato alla Camera dei Deputati il 24 settembre 2019, cfr. R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 10, p. 1 ss.; G. FLORA – A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n.3 c.d. «spazzacorrotti»)*, Pisa, 2019; M. GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 44 ss.; A. MANNA – A. GAITO, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen.* 2018, n. 3, p. 2; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, ivi, p. 1 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3589 ss. Si veda anche l'ultima edizione del celebre volume di M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4^a ed., Milano, 2019. Sui profili processuali, per tutti, A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, ivi, p. 1 ss.

nuovo paradigma preventivo, retto dal diritto amministrativo e declinato in una miriade di atti legislativi e strumenti di *soft law*: regolamenti, atti di indirizzo, linee guida e raccomandazioni.

Nondimeno, tale legge ha innovato anche vaste aree del diritto penale della pubblica amministrazione, secondo una duplice direttrice. La prima ha seguito l'inveterato schema dell'espansione del diritto penale: nuovi reati, fattispecie più ampie, pene più severe⁶. Da un altro versante, il legislatore del 2012 ha infranto – mediante lo sdoppiamento della fattispecie di concussione e la creazione del nuovo delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p. – un tabù che appariva sino a quel momento inviolabile: l'impunità, in qualità di vittima-concusso, del privato (meramente) “indotto” ad un pagamento indebito dall'abuso del pubblico agente.

La successiva legge n. 69/2015 si è limitata, da un canto, a razionalizzare il materiale normativo scaturente da questa ampia riscrittura del diritto penale della pubblica amministrazione. È stata, così, eliminata qualche incongruenza normativa, ad es. l'identità tra i massimi edittali della fattispecie induttiva ex art. 319-*quater*, comma 1, c.p. e della meno grave figura della corruzione propria (art. 319 c.p.)⁷. Sul versante amministrativo, invece, è stato promosso un miglior raccordo informativo tra autorità giudiziaria penale ed ANAC. In aggiunta, l'estro creativo del legislatore ha ulteriormente arricchito il *corpus* dei congegni anticorruzione, mediante l'innesto nel codice penale della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* e l'attenuante della collaborazione processuale, collocata nel nuovo comma 2 dell'art. 323-*bis*.

Quelli appena enumerati sono soltanto i principali snodi delle politiche di contrasto ai fenomeni di corruzione: in questo grande fiume, nell'arco di un ventennio, sono confluiti come tanti piccoli affluenti numerosissimi altri interventi legislativi e regolamentari.

Tra i provvedimenti di segno repressivo più significativi, merita ricordare, già all'inizio del nuovo millennio, la l. n. 300/2000, a cui si deve la criminalizzazione della corruzione internazionale (art. 322-*bis* c.p.) e l'introduzione della confisca per equivalente in relazione ai principali delitti contro la p.a. (art. 322-*ter* c.p.): innovazioni attuative di precisi obblighi assunti dall'Italia in varie sedi sovranazionali (UE e OCSE).

Ha avuto inizio nel 2006, invece, il processo estensivo delle ipotesi speciali di ablazione patrimoniale – inizialmente congegnate per colpire le cosche mafiose – anche ai principali reati contro la p.a. Dapprima, attraverso la legge n. 296/2006, tale fenomeno ha interessato la confisca allargata ex art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992 (ora art. 240-*bis* c.p.)⁸: un intervento che già al tempo fece scalpore per alcuni eccessi repressivi⁹. Da

⁶ Cfr. *infra* il § 3.

⁷ La pena detentiva massima per il delitto induttivo è stata così elevata a 10 anni e 6 mesi, mentre quella della corruzione propria è rimasta fissata in 10 anni.

⁸ A seguito del d.lgs. n. 21/2018, sulla c.d. “riserva di codice”.

⁹ Cfr., anche per i rilievi critici, R. ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12-sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 252; D. FONDAROLI, *Artt. 322 ter e 335 bis – Confisca, in Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa, Trattato, Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 294.

ultimo, con la legge n. 161/2017, l'onda ha investito perfino il comparto delle misure di prevenzione *ante o praeter delictum*¹⁰.

Il *pendant* processuale non è stato da meno, come palesa il progressivo potenziamento degli strumenti d'indagine e processuali in materia di reati di corruzione: intercettazioni e captatori informatici (art. 6 d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216); regole particolari in materia di accesso al rito speciale del patteggiamento (v. il comma 4 inserito nell'art. 165 c.p. dalla novella del 2015); criteri di priorità nella trattazione degli affari penali (art. 132-*bis*, lett. *f-bis*, disp. att. c.p.p.¹¹); e così via.

Nel frattempo, si è aperta un'ulteriore frontiera normativa: la previsione di molteplici meccanismi di commissariamento o amministrazione giudiziaria delle aziende, oltre che per neutralizzare infiltrazioni mafiose, a fini di prevenzione di fatti corruttivi a matrice imprenditoriale¹². Un comparto che si affianca all'apparato sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 231/2001, riservato agli enti collettivi, la cui genesi pure è legata ad atti internazionali stipulati per combattere i fenomeni corruttivi (anche in questo caso implementati con la l. n. 300/2000).

Tale rigogliosa messe di istituti, misure e strumenti di contrasto della corruzione ha assunto le cadenze di un cantiere permanente in cui, tra grandi ristrutturazioni e più modesto *bricolage*, è proseguita incessante la ricerca di nuovi presidi immunizzanti contro vizi apparentemente insanabili. Al contempo, questo rapido *excursus* dimostra come sia cominciata ben prima dell'ultimo intervento riformatore la trasfigurazione dello statuto penale della pubblica amministrazione in un sottosistema connotato da ampie deroghe rispetto ai canoni generali, ispirato dunque a logiche di estrema deterrenza e massima efficienza della macchina punitiva.

Questo programma politico-criminale trova ora la sua definitiva sublimazione mediante la l. n. 3/2019, battezzata dagli ideatori "Spazzacorrotti", per esternarne immediatamente la cifra distintiva: lotta ad oltranza alla corruzione e ai loro artefici, secondo schemi già sperimentati in altri ambiti di criminalità particolarmente grave, *in primis* mafia, terrorismo, stupefacenti, pedo-pornografia, immigrazione.

Sarebbe dunque riduttivo presentare quest'ultimo prodotto della vena legislativa *in subiecta materia* alla stregua di un "accidente" della storia, giacché esso rappresenta piuttosto la chiusura di un cerchio legislativo iniziato poco più di un lustro fa.

Nel caso di specie, però, colpisce l'exasperazione di un ben preciso modello di gestione dei problemi sociali attraverso il diritto penale, che – volendo utilizzare un'etichetta ormai consolidata – possiamo qualificare come "emergenziale"¹³. Ciò, oltre agli inevitabili "errori per eccesso" che incrinano il nuovo quadro legislativo, reca con

¹⁰ V. *infra* per i dettagli il § 4.

¹¹ Lettera aggiunta dall'art. 1, comma 74, l. 23 giugno 2017, n. 103.

¹² Sia permesso il rinvio a V. MONGILLO – N. PARISI, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa" e mafiosa: alla ricerca di un disegno*, in *Rassegna economica*, 2019, p. 167 ss.

¹³ Fondamentale, in tema, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 1^a ed., Napoli, 1995; 2^a ed., 1997. Su profili tangenziali, più di recente, A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 785 ss.

sé, quale amaro risvolto ormai condiviso con molti altri ambiti normativi, l'erosione dei limiti costituzionali di operatività dello strumento penale.

Quanto precede suggerisce qualche spunto preliminare di riflessione sulle cause più profonde dell'*escalation* repressiva nel settore dell'anticorruzione.

2. Le cause: fattori endogeni ed esogeni della proliferazione legislativa in materia.

È abbastanza agevole discernere i principali fattori propulsivi dell'inesauribile ispessimento degli strumenti penali e amministrativi di contrasto alla corruzione in Italia.

La prima forza motrice è ravvisabile, senza dubbio, nell'invasivo fenomeno di europeizzazione e internazionalizzazione dei diritti locali, imbrigliati – in questo settore normativo – in una fitta catena di fonti normative sovranazionali, tutte preordinate a un'energica *fight against corruption*¹⁴.

La seconda forza, di portata interna, è proprio la diffusione pervasiva – quantomeno nella percezione collettiva – delle pratiche corruttive in tutti i campi della vita sociale: politica, amministrazione pubblica, economia e società nel suo insieme.

I) Dal primo punto di vista, è appena il caso di rammentare il reticolo di strumenti adottati dalla seconda metà degli anni novanta nei più importanti consessi internazionali; limitandoci a quelli di cui l'Italia fa parte: UE, OCSE, Consiglio d'Europa e ONU¹⁵. Ciò ha generato – a valle – una profluvie altrettanto copiosa di *report* valutativi da parte degli organismi costituiti da queste istituzioni per sorvegliare la corretta implementazione degli accordi sottoscritti dagli Stati contraenti.

Il profilo in esame è di particolare rilievo per tre ragioni.

La *prima ragione* è d'indole culturale. Gli strumenti pattizi sopracitati hanno svolto un ruolo decisivo nel propagare il convincimento dell'inusitata pericolosità della fenomenologia corruttiva, gettando le premesse di una risposta altrettanto robusta. Se la corruzione è realmente una «minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo» (come si enuncia nel Preambolo alla Convenzione del Consiglio d'Europa), se mette altresì in pericolo la «stabilità e la sicurezza delle società, [...] i valori etici e la giustizia [...]» (ONU), se compromette «lo sviluppo economico e altera le condizioni internazionali in materia di concorrenza» (OCSE), insomma se finisce per riassumere tutti i mali del presente, non si vede come si possa rinunciare a dare prova di estrema fermezza, reagendo con misure extra-ordinarie o, come si è detto, emergenziali.

¹⁴ In generale, sul modello del "diritto penale di lotta", M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 55 ss.

¹⁵ Convenzione del 26 maggio 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea; Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 18 dicembre 1997 e *report* redatti dal *Working Group on Bribery*; Convenzioni penale e civile sulla corruzione adottate nel 1999 dal Consiglio d'Europa, con i relativi protocolli addizionali e rapporti del GRECO (in particolare, III e IV ciclo di valutazione); Convenzione ONU di Merida del 2003 e relativi esercizi di valutazione (I e II Rapporto sull'Italia).

La *seconda ragione* è che tali organismi intergovernativi, nella loro attività di monitoraggio dell'implementazione degli atti normativi emanati, non si limitano a svolgere un ruolo "notarile", ma finiscono per dettare, essi stessi, l'agenda delle successive riforme nazionali. Tracciano indirizzi politico-criminali, e in questo modo colmano anche gli spazi d'indeterminatezza – non di rado deliberatamente – lasciati aperti nei testi pattizi, a cagione della loro natura negoziale e inevitabilmente compromissoria.

La *terza ragione* è collegata a quest'ultima. Il c.d. "diritto morbido" (*soft law*) in cui si sostanziano i rapporti stilati nei diversi cicli di valutazione dal *Working Group on Bribery in International Business Transactions* dell'OCSE, dal GRECO del Consiglio d'Europa e dall'*Implementation Review Group* dell'ONU sono sì privi di cogenza giuridica, ma – per l'autorevolezza della fonte e il peculiare meccanismo di *peer review* adottato – hanno una capacità di condizionamento dei legislatori nazionali non meno incisiva di uno strumento di *hard law*.

Tenere in non cale il peso di queste dinamiche sovranazionali nelle vicende domestiche (anche italiane) sarebbe dunque miope. Tanto più che in molti ordinamenti, all'indomani di energici interventi repressivi, gli organismi internazionali chiamati a sindacarli hanno raccomandato ulteriori "avanzamenti", i cui motivi conduttori sono i soliti: efficienza e deterrenza. Difatti, un vero e proprio *horror vacui* sembra tormentare i detti organismi, sicché l'obiettivo primario è sempre ripianare qualsiasi lacuna normativa residua, nell'implicito assunto che la dilatazione indefinita e il continuo potenziamento dei sistemi penali possano assicurare una proporzionale riduzione della criminalità o quantomeno servire, sul piano simbolico-espressivo, ad appagare o rassicurare la collettività.

Consolidando tendenze già invalse nelle legislazioni statuali, globalizzazione economica e integrazione sovranazionale agiscono così da "moltiplicatori" del processo espansivo dello *ius criminale*, non senza frizioni con i principi costituzionali delle tradizioni nazionali¹⁶.

I diversi Paesi firmatari, col tempo, tendono a conformarsi agli incalzanti rilievi ricevuti; e non di rado lo fanno acriticamente e a prezzo di qualche slabbratura nei rispettivi sistemi penali. Ciò accade, da un lato, per dimostrare all'opinione pubblica interna che s'intende fare sul serio nella lotta a forme allarmanti di criminalità e, dall'altro, per sottrarsi alla "morsa" – in chiave di *naming and shaming* – della comunità internazionale.

¹⁶ Ci sembra emblematico il rilievo mosso all'Italia dal GRECO, *Third Evaluation Round. Report on Italy. Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I)*, Strasbourg, 20-23 marzo 2012, § 112, 114, circa la mancata parificazione di pena tra istigazione alla corruzione e accordo corruttivo. Ancora più vistoso è l'appunto concernente l'omessa incriminazione della mera offerta o sollecitazione unilaterale di utilità in seno alla fattispecie – già di per sé oltremodo anticipata – del traffico di influenze illecite: GRECO, *Third Evaluation Round. Compliance Report on Italy*, Strasbourg, 20 giugno 2014, § 26 ss. Si tratta di contestazioni palesemente confliggenti con i nostri principi costituzionali di offensività e di proporzione. Ma v'è da notare, al riguardo, che il concetto di sanzione «proporzionata», nel repertorio politico-criminale europeo ed internazionale, di rado è invocato in chiave garantistica, quanto piuttosto nel senso di pena sufficientemente elevata e severa.



5/2019

Pure in Italia, i rapporti valutativi in discorso tendono ad essere considerati alla stregua di un vero e proprio “faro” dalle commissioni governative di volta in volta nominate per studiare i miglioramenti da apportare – ovviamente sempre in chiave repressiva – alle discipline interne. E induce a riflettere che, tra i tanti prodotti legislativi partoriti dal governo italiano in carica, forse l’unico che ha riscosso un favore pressoché incondizionato nei principali fori europei e internazionali sia stato proprio la legge – ribattezzata in inglese – “bribe destroyer”¹⁷.

Tuttavia, è doveroso ribadirlo, il concitato rincorrersi di riforme in materia di anticorruzione non è un fenomeno squisitamente italiano, ma assume contorni speculari in molti altri Paesi, di tradizioni giuridiche più o meno affini, europei ed extraeuropei.

II) Nondimeno, non possono tacersi neppure le cause endogene, *ergo* il retroterra criminologico, della forte preoccupazione che la fenomenologia corruttiva suscita da un paio di decenni circa nel nostro Paese. L’inquietudine, evidentemente, nasce dalla sua diffusione, forse più come *corruption* in senso lato (la fenomenologia di cui s’interessa l’ONU e, da noi, la *maladministration* a cui guardano i Piani Nazionali Anticorruzione redatti dall’ANAC) che come scambio corruttivo in senso stretto (*pactum sceleris* o – nel lessico anglosassone – *bribery*).

È da più di un ventennio che la letteratura più accreditata denuncia la progressiva metamorfosi delle patologie corruttive da fatto episodico, frammentario o “pulviscolare” (la c.d. corruzione “burocratico-amministrativa”) a fenomeno pervasivo¹⁸. La tesi di fondo – che ormai è patrimonio non solo della comunità degli studiosi ma anche della coscienza collettiva – è ampiamente nota: la corruzione ha assunto una dimensione *sistemica*, tende a penetrare anche ai livelli apicali della politica e degli apparati amministrativi, si avvale spesso di complessi schemi organizzativi e/o assume natura seriale, sino a palesare una sorta di capacità autogenerativa¹⁹.

¹⁷ Cfr. Council of Europe, GRECO, *Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Compliance Report Italy*, Strasbourg, 7 dicembre 2018, con vivo plauso alla recente riforma della prescrizione («che potrebbe rivelarsi fondamentale per avanzare ulteriormente nella lotta alla corruzione»), nonché agli inasprimenti punitivi concernenti la corruzione per l’esercizio delle funzioni e le pene accessorie (annoverati come *important amendments*). Di qui la compiaciuta conclusione: le precedenti raccomandazioni sul punto sono state «implementate in modo soddisfacente»; ne resta ancora qualcuna da recepire, per lo più concernente la prevenzione della corruzione parlamentare. Giudizi positivi sulla l. n. 3/2019 sono stati espressi anche nel *Country Report 2019* licenziato dalla Commissione Europea il 27 febbraio 2019, spec. p. 17. Riconosce i progressi italiani nel contrasto alla corruzione anche il *report* sull’Italia redatto dall’*UN Implementation Review Group*, 27-29 maggio 2019, nell’ambito del II ciclo di valutazioni sull’implementazione dell’*United Nations Convention against Corruption* (UNCAC).

¹⁸ Cfr. N. FIORINO – E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Bologna, 2013; M. CORRADINO, *È normale...lo fanno tutti. Storie dal vivo di affaristi, corrotti e corruttori*, Milano, 2016; P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017.

¹⁹ Dall’angolazione criminologica, v. U. SAVONA – L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998, p. 73 ss.; da quella socio-politica, F. CAZZOLA, *Della corruzione*, Bologna, 1988, p. 75, in cui già compariva l’espressione “corruzione sistemica”, distinta dalla “corruzione pulviscolare” e dal “malgoverno”; in prospettiva politico-economica, nella letteratura tedesca, C. SCHWYZER, *Isolierte, organisierte und systemische Korruption. Eine politisch-ökonomische Betrachtung*, Bamberg, 1998. In ottica penalistica, G. FORTI, *L’insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”: inattuabilità della disciplina e disagi applicativi del rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 484 ss.; F. CINGARI, [La corruzione pubblica: trasformazioni](#)

Tale degenerazione conduce, talvolta, alla formazione di vere e proprie consorterie politico-affaristiche, cementate dall'interesse reciproco dei partecipanti. Sul piano tecnico-giuridico, queste aggregazioni potranno essere sussunte nel tipo criminoso dell'art. 416 c.p. ove sorrette dall'*affectio societatis* e dall'indeterminatezza del programma delittuoso, o persino nella fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. In quest'ultimo caso, le organizzazioni criminali – soprattutto le c.d. “nuove mafie”²⁰ – potranno servirsi della corruzione come metodo operativo d'elezione per fare affari o persino sfruttare la forza intimidatrice insita nel vincolo associativo per assumere un ruolo di “cerniera” nei patti illeciti tra settore pubblico e imprenditoria privata. È emblematica, al riguardo, la vicenda giudiziale di “Mafia capitale”, in cui è stato ritenuto comprovato nel giudizio di appello il delitto di associazione di stampo mafioso, ribaltando *in parte qua* la sentenza di prime cure²¹.

Ma anche quando non giunga a questi estremi, la corruzione sistemica inclina a sopravanzare la bilateralità classica del patto sinallagmatico. Nel binomio che lega – secondo il tipo criminoso della corruzione consumata – un pubblico agente corrotto e un privato corruttore s'incuneano sempre più soventemente figure intermedie, di raccordo oppure di supporto tecnico: il mediatore, il faccendiere, il facilitatore, il “prototipatore”²². In questo modo, le pratiche corruttive tendono a divenire un *opus plurisoggettivo*, reiterato più che saltuario, organizzato ancorché non necessariamente a dimensione associativa: insomma, materia per “professionisti” e relativi “consulenti” ed “esperti”.

Questa moltiplicazione di figure e ruoli all'interno delle dinamiche corruttive annebbia i contorni e i percorsi dello scambio illecito e spesso smaterializza le utilità barattate: quindi complica l'accertamento investigativo e processuale.

La convergenza delle cause esogene ed endogene sin qui descritte va avanti almeno da “Tangentopoli”. La notevole esposizione massmediatica delle vicende giudiziarie relative a fatti di corruzione ne rappresenta il naturale contorno, in un contesto di perenne spettacolarizzazione dello scontro politico.

Tutto ciò ha fomentato nella comunità sociale la percezione di disfunzioni viepiù corrosive del tessuto economico-democratico e, di riflesso, di una perenne urgenza legislativa a cui far fronte.

[fenomenologiche ed esigenze di riforma](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 79 ss.; F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, ivi, p. 227 ss. Per un efficace riepilogo del quadro criminologico emerso già dalle vicende di “Tangentopoli”, v. M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel «pacchetto» anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 278.

²⁰ *Ex multis*, S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'indagine sociologico-giuridica*, Roma, 2018; G. PIGNATONE – M. PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Roma-Bari, 2019. Sulla corruzione “mafiosa”, distinta da quella “organizzata” e da quella “episodica” o “pulviscolare”, cfr. R. CANTONE – E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, p. 59-65. Più in generale sulla fenomenologia dell'infiltrazione criminale nell'economia legale, oltre che nella politica e nelle istituzioni, v. R. CANTONE, *Operazione Penelope*, Milano, 2012, p. 7, 20, 48-53.

²¹ Corte di Appello di Roma, sez. III pen., 11 settembre 2018, n. 10010.

²² Quest'ultima figura “professionale” è emersa nella ricostruzione delle dinamiche interne al patto corruttivo che ha contraddistinto il caso Consip/Ospedale Caldarelli di Napoli e fa riferimento a colui che crea bandi e capitolati *ad hoc* per le gare d'appalto: v. R. CANTONE, in *Il Mattino*, 19 giugno 2017.

Utilizziamo volutamente l'espressione "percezione".

La corruzione "reale", infatti, è sempre difficile da quantizzare. Certo, l'aspirazione a una precisione chirurgica non è realistica e neppure sensata. Sarebbe come pretendere di misurare con assoluta esattezza il volume d'acqua di un grande fiume o di un mare. Non che siano mancati, finora, tentativi di elaborare *indicatori* più *obiettivi* per misurare l'estensione e l'incidenza effettiva dei fatti di corruzione²³. Si pensi a quelli basati sulle esperienze dirette delle persone offese (la corruzione "vissuta") o su dati sintomatici come lo scostamento tra prezzi di opere o forniture pubbliche e valori di mercato. Tali criteri, però, necessitano ancora di affinamenti importanti e sono parimenti esposti a rischi di approssimazione. Ma anche le statistiche giudiziarie sono di scarso ausilio, giacché marcatamente erose dalla "cifra oscura" che avviluppa i patti illeciti, difficili da scoprire e pressoché mai denunciati da terzi testimoni (e, ovviamente, ancor meno dai correi)²⁴.

Di conseguenza, sono proprio gli indici di percezione della corruzione – tra i quali si staglia il *Corruption Perceptions Index* (CPI) di Transparency International²⁵ – a divenire l'oracolo che guida le scelte politico-criminali in materia di lotta alla corruzione. Non indici obiettivi, dunque, ma "sensazioni collettive". E a prevalere, come già notato, è l'impressione di un fenomeno criminoso straripante, a cui si lega il basso livello di fiducia dei consociati nelle istituzioni e nei titolari di cariche pubbliche.

²³ Cfr., per tutti, J. GUTMANN – F. PADOVANO – S. VOIGT, *Perception vs. Experience: Explaining Differences in Corruption Measures Using Microdata*, 2015, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2659349>, in cui si documenta anche come la percezione della corruzione tenda ad essere distorta dalle caratteristiche dei soggetti intervistati e dei Paesi di appartenenza. Un recente documento dell'ISTAT, concernente le esperienze di coinvolgimento diretto delle famiglie italiane in fatti corruttivi (richieste di denaro, favori, regali o altro in cambio di servizi o agevolazioni), ha stimato un'incidenza del 7,9% nel corso della vita (2,7% negli ultimi 3 anni, 1,2% negli ultimi 12 mesi): ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 2017. Il livello massimo è stato raggiunto nel Lazio (17,9%) e quello minimo nella Provincia autonoma di Trento (2%), ma la situazione sul territorio è assai diversificata a seconda degli ambiti della corruzione. All'esigenza di misurazioni più obiettive si è dedicata negli ultimi anni pure l'ANAC: un primo contributo metodologico allo studio del fenomeno corruttivo in Italia, animato dall'intento di pervenire a stime più precise e affidabili, è contenuto in *Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*, 2016. In tema, inoltre, M. GNALDI – B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, 2018. La necessità di migliorare l'affidabilità e la validità dei metodi di misurazione della corruzione è avvertita anche in sede ONU, come dimostra il nuovo manuale sugli strumenti statistici per misurare la corruzione presentato di recente dall'United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC): [*Manual on Corruption Surveys. Methodological guidelines on the measurement of bribery and other forms of corruption through sample surveys.*](#)

²⁴ Con efficace sintesi, sulla questione, v. R. CANTONE – E. CARLONI, *Corruzione*, cit., p. 29-42.

²⁵ Anche la relazione al d.d.l. Bonafede muove dal considerare che «il livello di corruzione percepita nel settore pubblico è molto alto». L'ultimo CPI pubblicato, relativo al 2018, posiziona l'Italia al 53° posto nel mondo (52 punti su 100, con un miglioramento di due punti rispetto all'anno precedente). Rispetto alla media europea (66 punti), il risultato è ancora largamente inferiore. Sui pregi dell'indice – ampiamente diffuso tra gli operatori economici internazionali – congegnato da Transparency International, in grado di consentire una comparazione efficace tra Paesi diversi e di stimolare efficaci politiche pubbliche in materia di anticorruzione, e al contempo sui limiti, tra cui un possibile iato eccessivo tra "percezione" e "dati reali", v., con riflessioni equilibrate, R. CANTONE – E. CARLONI, [*Percezione della corruzione e politiche anticorruzione*](#), in questa *Rivista*, 18 febbraio 2019.

Di qui il dubbio di rilevamenti inadeguati, di classifiche non del tutto attendibili, distorte dall'intrinseca "soggettività" del parametro prescelto²⁶. Un parametro privo di reale salienza gnoseologica al fine di orientare l'azione preventiva degli apparati pubblici²⁷ e che – se troppo enfatizzato – rischia di far precipitare l'azione repressiva in un circolo vizioso. L'incessante succedersi di "pacchetti" legislativi anticorruzione, la permanente centralità della questione nel dibattito pubblico, il senso di fallimento che genera qualsiasi nuovo scandalo in materia, lungi dal mitigarla, potrebbe – almeno nel breve periodo – gonfiare fino all'implosione la detta percezione di una piaga sociale incontenibile²⁸. Senza dimenticare che anche un *enforcement* efficiente e aggressivo, portando alla luce più episodi di degenerazione criminale nella gestione della cosa pubblica e di slealtà nelle competizioni economiche, può fomentare il senso di livelli d'illegalità superiori alla loro effettiva consistenza²⁹.

Tutto ciò spinge, inesorabilmente, alla ricerca di sempre nuove "medicine" per arginare il male che non si riesce a estirpare.

3. Le ricadute normative dell'ascesa della corruzione a "emergenza criminale".

Dall'ascesa della corruzione a questione politico-criminale topica dei nostri tempi sono sgorgate due tendenze normative.

I) La prima, se vogliamo quella più "nobile", è stata inaugurata proprio dalla legge Severino del 2012 e contempla il ricorso – accanto e prima della repressione penale – a istituti, meccanismi e strumenti amministrativi a scopo prevenzionale³⁰.

Questa linea strategica – che per certi aspetti getta un ponte a ritroso verso il paradigma ferriano dei "sostitutivi penali"³¹ – antepone l'utilità della prevenzione *ex ante* alla repressione *ex post*. L'idea sottesa è abbastanza intuitiva. Quando si ha a che fare

²⁶ Con accenti fortemente critici, cfr. G. TARTAGLIA POLCINI, *Il Paradosso di Trocadero*, in *Dir. pen. global.*, 22 ottobre 2017; analoghi risultati nella ricerca condotta dall'A. per conto dell'Eurispes, *La corruzione tra realtà e rappresentazione. Ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, 2018.

²⁷ Non ci dice nulla, nella sua stringatezza, sulle aree geografiche e i settori maggiormente esposti alla corruzione, né sulle dinamiche del fenomeno.

²⁸ Nel medio-lungo periodo, invece, se i cittadini avvertono una politica anticorruzione più efficiente, capace di contrastare l'illegalità, può migliorare anche la percezione dell'entità del fenomeno, come rivela la vicenda italiana dell'ultimo lustro (e il correlato lieve miglioramento del CPI assegnatoci da Transparency International). Cfr., ancora R. CANTONE – E. CARLONI, *Corruzione*, cit., p. 36.

²⁹ Abbiamo denominato questo meccanismo "paradosso dell'efficienza repressiva", in V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 43.

³⁰ Nell'imponente letteratura formatasi negli ultimi anni in materia, v., per un primo sguardo d'insieme, M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione*, Soveria Mannelli, 2016; M.G. RACCA, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2017, p. 208 ss.; G. PIPERATA, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni: un'introduzione*, in F. Cerioni – V. Sarcone (a cura di), in *Legislazione anticorruzione e responsabilità*, in corso di pubblicazione.

³¹ Cfr., in una vasta opera scientifica, E. FERRI, *Sociologia criminale*, 5ª ed., Torino, 1900, p. 453 ss., che innalzava i "sostitutivi penali" a «primi e principali mezzi di quella preservazione sociale dalla criminalità, a cui le pene serviranno ancora, ma in via secondaria».

non più con singoli, isolati casi di responsabilità individuale e collettiva da fronteggiare in sede penale, secondo canoni di *extrema ratio*³², ma con un vasto fenomeno criminale, siamo oltre la capacità funzionale dello *ius criminale*. La repressione penale non può fare da argine a fenomeni dilaganti e sistemici, e comunque può fornire una cura solo sintomatica, epidermica, transitoria.

Nel caso delle patologie corruttive, è razionale allora sfruttare gli strumenti che il diritto amministrativo offre, *ergo* misure indirizzate a curare il corpo dello Stato nel suo insieme, i comportamenti e la mentalità delle persone che vi lavorano, nonché le modalità dell'attività pubblica anche nei suoi snodi di raccordo con gli operatori economici. L'obiettivo, in breve, è creare un ambiente avverso alla corruzione³³.

Pure tale percorso virtuoso è stato sollecitato da fonti internazionali, a cominciare dalla Convenzione dell'ONU contro la *corruption* del 2003, che è stata la prima a prospettare una risposta olistica al fenomeno criminoso in esame (vedi in particolare il suo cap. II) ed è divenuta così il *legal standard* in materia.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)³⁴, istituzione precipuamente dedicata a livello centrale statale alla prevenzione della corruzione, potenziata dal d.l. n. 90/2014, costituisce in Italia il perno istituzionale di questa nuova pianificazione amministrativa, più attenta alle cause che agli effetti dei fenomeni di corruzione, i quali rappresentano la matrice di condotte che possono degenerare (anche) in svariati reati.

II) D'altro canto, se l'ambizione di questa nuova strategia era «evitare la radicalizzazione verso [...] estremizzazioni dell'intervento penale»³⁵, non può dirsi che il risultato sia stato centrato.

Ciò non deve sorprendere. La credenza che per porre rimedio alle disfunzioni sociali sia fondamentale vietare comportamenti e rimodulare al rialzo le pene minacciate è quanto mai vitale nella cultura contemporanea, pervasa da una vera e propria "passione punitiva"³⁶. Tale fascinazione si riflette da tempo nell'uso "politico" del diritto penale, a scopi elettorali e di rassicurazione dell'opinione pubblica³⁷.

³² Su tale criterio, da ultimo, C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1447 ss.

³³ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Perc. cost.*, fasc. dedicato a "Corruzione contro Costituzione", 2012, p. 15-16, con riguardo all'articolazione dell'azione preventiva nell'ordinamento italiano.

³⁴ Su cui v., in particolare, R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016; I. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016; R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 903 ss.; N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in L. Foffani – D. Limone – V. Mongillo – G. Piperata (a cura di), *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, in corso di pubblicazione.

³⁵ F. PALAZZO, in ID. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, p. 96.

³⁶ Cfr. il libro dell'antropologo francese D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, che nota come nell'ultimo decennio il mondo sia entrato «in un'era del castigo».

³⁷ Anche questa non è certo una tendenza dell'oggi: cfr., nella oceanica letteratura in materia, il volume a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, con ampi riferimenti al pensiero degli studiosi della c.d. scuola penalistica di Francoforte. Lo stesso vale per le denunce del "populismo penale", fenomeno che inizialmente ha riguardato prevalentemente la criminalità di strada o collegata ai fenomeni migratori: tra i tanti, ad es.,

Anche nel settore della lotta alla corruzione, l'investimento nel più "stagionato" *strumentario repressivo*, come si già anticipato, è stato ingente negli ultimi anni, nel duplice senso di un inasprimento dei delitti e delle pene e di un rafforzamento degli strumenti d'indagine penale e di emersione della criminalità sommersa.

Sul piano dei tipi criminosi, basti ricordare in questa sede l'introduzione di nuove fattispecie fortemente anticipate rispetto all'effettiva lesione del bene protetto come il traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), ulteriormente dilatato – come diremo più avanti – dall'ultima novella anticorruzione; oppure, l'impoverimento del *Tatbestand* per facilitare schemi probatori sostanzialmente presuntivi e comunque semplificati, come rivela il disancoramento della corruzione impropria – divenuta nel 2012 "corruzione per l'esercizio delle funzioni" – dall'atto dell'ufficio (art. 318 c.p.).

Circa, invece, la dosimetria edittale della pena, basti richiamare i successivi assestamenti subiti da due fattispecie simbolo del diritto penale posto a presidio dell'imparzialità e del buon funzionamento della p.a. La tipologia di corruzione "minore" (art. 318 c.p.), se nella versione originaria del codice Rocco – ad onta del contesto politico autoritario di riferimento – era punita con la reclusione fino a 3 anni (più la multa), che scendeva a 1 anno nel caso di corruzione susseguente, con la legge n. 190/2012 ha conosciuto un innalzamento del quadro sanzionatorio a 1/5 anni di reclusione, poi ritoccato a 1/6 anni dalla l. n. 69/2015. La l. n. 3/2019 ha dato nuovo impulso a questa corsa al rialzo, decretando un ulteriore balzo della pena edittale a livelli fino a un decennio fa inimmaginabili: 3/8 anni di reclusione. Tale forbice, che supera nel minimo – salva la concessione di attenuanti – il tetto ordinario (2 anni) per la concessione della sospensione condizionale e si avvicina nel massimo alla pena della corruzione per atto contrario, potrebbe ora quantomeno favorire la definitiva riallocazione nella fattispecie in discorso della c.d. "corruzione per asservimento", della corruzione parlamentare³⁸ e talvolta anche della corruzione per un atto discrezionale formalmente legittimo, in modo più rispettoso della *littera legis*³⁹.

L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. Bovero – V. Pazé (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss., tra l'altro lamentando la tendenza italiana – *post-legge ex Cirielli* – ad «una duplicazione del diritto penale: diritto minimo e mite per i ricchi e i potenti; diritto massimo e inflessibile per i poveri e gli emarginati». Pionieristicamente, sul concetto di "populismo penale", D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005; H. PRATT, *Penal Populism*, Routledge, New York, 2007; E.J. PRATS, *Los perigos del populismo penal*, Santo Domingo, 2008. Più di recente, D. BRUNELLI, [Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 25 ss.; S. ANASTASIA – M. ANSELMINI – D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2015; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019. Ora l'onda d'urto penal-populistica sta investendo la criminalità politico-affaristica, all'esito di una insistita enfaticizzazione mediatica della sua nocività: cfr., per una lettura sociologica del binomio populismo-corruzione, R. MINCIGRUCCI – A. STANZIANO, *Il coverage della corruzione tra il 2004 e il 2015 in Italia: controllo di virtù o populismo penale?*, in *Problemi dell'Informazione*, 2/2017.

³⁸ In tal senso, da ultimo, Cass., sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40347, rv. 273791-01 e 273792-01.

³⁹ Notano questo risvolto positivo A. MANNA – A. GAITO, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen.* 2018, n. 3, p. 2. Come riscontrato anche da D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del "chi sbaglia paga, l'onestà conviene"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10, p. 7, la giurisprudenza dopo la novella del 2012 ha continuato a propendere, nei casi indicati nel testo, per l'applicazione dell'art. 319 c.p.: cfr., ad es., Cass., Sez.VI, 17 gennaio 2018, n. 7903. Secondo N. PISANI, *Il*

Lo stesso crescendo punitivo ha interessato la fattispecie più grave di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), i cui editti sono passati dai 2/5 anni del codice del 1930 ai 6/10 anni della legge "Severino".

Questo aumento febbrile del compasso edittale è indubbiamente sbalorditivo rispetto al *quantum* genetico: pene triplicate nel minimo e raddoppiate (art. 319 c.p.) o più che raddoppiate (art. 318 c.p.) nel massimo.

Diversamente, per la concussione, che già nella versione originaria era caratterizzata da un livello punitivo ragguardevole (4/12 anni di reclusione), l'incremento ha riguardato solo il minimo, che nel 2012 è stato innalzato a 6 anni. Si tratta della stessa pena allo stato comminata per la corruzione in atti giudiziaria, nella forma base (art. 319-ter c.p.).

Dietro questa ventata repressiva possiamo scorgere, essenzialmente, tre motivazioni politico-criminali.

i) Dal punto di vista delle *fattispecie penali*, la legge "Severino" ha dato vita a un minisistema di incriminazioni limitrofe: concussione, induzione indebita e corruzione; quest'ultima a sua volta scissa – come già accennato – nelle due sottospecie della corruzione per l'esercizio delle funzioni (l'ipotesi generale) e della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (l'ipotesi speciale)⁴⁰, con l'ulteriore variante "onnicomprensiva" della corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.).

Tale frammentazione collide frontalmente con le istanze di razionalizzazione del quadro normativo che, nella nota proposta di Cernobbio del 1994⁴¹, puntavano – addirittura – alla creazione di un'unica macrofattispecie di corruzione, funzionale anche ad un sensibile inasprimento punitivo e all'agevolazione delle investigazioni e della prova processuale.

disegno di legge, cit., l'aumento delle pene comminate per il delitto ex art. 318 c.p. «indurrà le Procure della Repubblica a contestare la più 'agevole' fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, che da figura di corruzione 'recessiva' diverrà prevalente».

⁴⁰ Da ultimo, sui rapporti tra artt. 318 e 319 c.p., v. Cass., sez. VI, 29 gennaio 2019, n. 4486, secondo cui, a seguito della riformulazione operata dalla legge n. 190, il discrimine tra le due ipotesi corruttive è dato dalla progressione criminosa dell'interesse protetto in termini di gravità (che giustifica la diversa risposta punitiva) da una situazione di pericolo, ossia il generico asservimento della funzione di cui all'art. 318 c.p., ad una fattispecie di danno, in cui si realizza la massima offensività del reato, con l'individuazione di un atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p. Deve rilevarsi, però, che l'impiego dell'espressione "fattispecie di danno", a fronte di un atto contrario che non deve necessariamente essere realizzato perché il reato si perfezioni, assume un valore più evocativo che denotativo.

⁴¹ «Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti», elaborate da un gruppo di magistrati della Procura di Milano e professori di diritto e procedura penale delle Università milanesi nel 1994, pubblicate anche in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 911 ss. Oltre ai consensi, furono numerose le reazioni critiche al tempo: v., ad es., A. PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione* (1995), in *Id.*, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. IV, tomo II, 2008, p. 171; G. CONTENTO, *La riforma «minima» della concussione e della corruzione* (1995), ora in *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Roma-Bari, 2002, p. 477 ss.; S. MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 465. Di contro, a favore, P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007, p. 291. Per una riproposizione della soluzione incriminatrice monistica, vale a dire la "macro-figura" corruttiva di portata generale, da ultimo, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente*, cit., p. 68 ss.

Tuttavia, se è vero che la legislazione vigente prevede ben quattro figure criminose in uno spazio criminoso ristretto, si manifesta in modo altrettanto vivido la marcata vicinanza dei quadri edittali, almeno per ciò che attiene alle condotte del pubblico agente. Essi difatti oscillano, nel massimo, dagli 8 anni della corruzione *ex art.* 318 c.p. ai 12 anni della concussione e della corruzione in atti giudiziari, con le ipotesi intermedie della corruzione propria (10 anni) e dell'induzione indebita (10 anni e 6 mesi). Per quanto concerne invece i minimi sanzionatori, in quattro casi (incluso l'ipotesi *ex art.* 319-*ter* c.p.) il codice penale commina 6 anni di reclusione, mentre per l'ipotesi di corruzione minore (quella per l'esercizio delle funzioni) si prevedono 3 anni di reclusione. Considerato che le sanzioni irrogate giudizialmente tendono, in caso di condanna per un reato contro la p.a., più verso il basso che verso la soglia superiore, è evidente come l'omogeneità di fondo delle conseguenze punitive rivenienti dall'attuale (farraginoso) ordito normativo non sia poi così distante dalla fattispecie *passepourtout* di Cernobbio.

Il discorso ovviamente cambia per l'*extraneus* alla p.a., giacché in questo caso si spazia dalla non punibilità (concussione) a una reclusione massima di 12 anni nella corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.) e di 10 anni nella corruzione propria (art. 319 c.p.), che scendono a 8 anni nella corruzione per l'esercizio delle funzioni e «fino a 3 anni» nell'induzione indebita. La fattispecie induttiva, dal punto di vista del privato, necessariamente animato da un fine di vantaggio indebito secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite *Maldera*⁴², equivale sostanzialmente a una corruzione, ma cospicuamente affievolita dall'abuso del pubblico agente.

La circostanza attenuante speciale di cui all'art. 323-*bis*, comma 1, c.p. consente di ottenere per quasi tutti i reati sin qui enumerati – e per altre figure delittuose – una riduzione di pena fino a un terzo, se il fatto è di particolare tenuità. La stessa diminuzione di pena è concessa per i fatti corruttivi che coinvolgano un incaricato di pubblico servizio (art. 320 c.p.).

Tale impianto punitivo mostra, comunque, qualche vistoso difetto.

Ad esempio, il limite minimo di 3 anni per la corruzione “funzionale” non appare conforme a proporzione, specie se si ritenga riconducibile al tipo dell'art. 318 c.p. anche il pagamento occasionale per accattivarsi la benevolenza di un pubblico agente in vista di futuri imprecisati favori. Pure applicando la detta attenuante della particolare tenuità⁴³, la soglia edittale inferiore resta particolarmente gravosa, specie se confrontato con le esperienze straniere più vicine⁴⁴.

⁴² Cass., sez. un., 14 marzo 2014, n. 12228, rv. 258471 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, con nota di G.L. GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1566 ss.

⁴³ È dubbio se essa sia estendibile al privato corruttore, giacché l'art. 323-*bis*, comma 1, c.p. singolarmente non annovera l'art. 321 c.p. La dottrina prevalente, con il conforto della giurisprudenza, ritiene la corruzione attiva richiamata *per relationem*, anche per evitare irragionevoli disparità di trattamento: cfr., pure per i riferimenti bibliografici, C. BENUSSI, sub art. 323-*bis* c.p., in *Codice penale commentato*, dir. da E. Dolcini e G.L. Gatta, 2015, Milano, p. 574.

⁴⁴ Ad es. in Spagna la fattispecie di cui all'art. 422 c.p. (*cohecho en consideración a su función*) è punita con la reclusione da 6 mesi a 1 anno e la sospensione dall'impiego da 1 a 3 anni.

La carenza principale, però, è un'eccessiva complicazione applicativa, dovuta proprio all'estrema suddivisione delle fattispecie. Sarebbe, dunque, auspicabile una semplificazione⁴⁵, che allo stato tuttavia non è facile progettare. Accorpendo in un'unica fattispecie tanto la corruzione per l'esercizio delle funzioni quanto la corruzione per atto contrario (eventualmente contemplando quest'ultima come ipotesi aggravata), si corre il rischio di non distanziare sufficientemente, *quoad poenam*, situazioni assai disomogenee sul piano del disvalore. Anche a tacere del fatto che si tratterebbe di una soluzione pressoché isolata nel panorama internazionale, almeno nel campo della corruzione "domestica". Prevedendo delle attenuanti ad effetto speciale, di significativo impatto, si riproporrebbero i medesimi problemi di distinzione.

L'opzione più ragionevole sarebbe disfarci – quantomeno – della fattispecie intermedia dell'induzione, ripristinando la dicotomia concussione/corruzione⁴⁶. Al privato che abbia promesso o dato il non dovuto a cagione dell'abuso induttivo del pubblico agente ma al fine di ottenere un beneficio indebito, potrebbe essere accordato un qualche sollievo sanzionatorio in rapporto alle residue fattispecie corruttive. Si otterrebbe, se non altro, un beneficio in termini di chiarezza, sancendo l'appartenenza anche del "pagamento indotto" al *genus* delle corruzioni. Ma rispetto alla corruzione propria, la diminuzione di pena dovrebbe essere sostanziosa, considerato l'attuale divario tra i quadri sanzionatori dell'art. 319 c.p. e dell'art. 319-*quater*, comma 2, c.p.

ii) In secondo luogo, il robusto aumento delle pene comminate per i predetti reati risponde a esigenze pragmatiche. Nel livello raggiunto dai minimi edittali – allo stato un'anomalia italiana – si cela anche la *voluntas legislatoris* di rendere più difficile la sospensione condizionale della pena e l'accesso alle misure alternative alla detenzione, i cui spazi operativi peraltro sono stati via via compressi pure attraverso manipolazioni dirette delle relative norme. La lievitazione del massimo edittale, invece, si riflette in via mediata sul termine di prescrizione dei reati, che la criticatissima "ex Cirielli" del 2005 ha direttamente collegato alla soglia superiore della pena legale. In questo campo, però, il legislatore ha progettato – come si dirà in seguito – una vera e propria rivoluzione.

iii) Ovviamente, questa *escalation* punitiva sottende inoltre la fede, dura a tramontare, che basti inasprire la minaccia edittale e incrementare i tassi di carcerazione per ottenere un corrispondente effetto dissuasivo in termini di contropinta psicologica e una maggiore efficacia del controllo. Una seduzione ancora spendibile nel mercato politico-elettorale, invaso dalla propaganda populistica, ma messa in seria discussione dalla ricerca empirico-criminologica, da più di un secolo a questa parte.

Repetita iuvant, allora.

Secondo le asettiche geometrie della *Economic Analysis of Law* assumono rilievo, in chiave di deterrenza, sia l'entità della pena minacciata, sia la capacità delle agenzie di

⁴⁵ Così pure T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 9, che si chiede «se valga davvero la pena tenere in piedi un tale arsenale di fattispecie simili, non sempre agevolmente distinguibili nella pratica applicativa, per le quali, alla fine, la pena dovrà oscillare entro le lame di una stessa forbice».

⁴⁶ Così 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, n. 3-4, p. 19 ss. Cfr. anche il nostro, V. MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 126-131.

enforcement di scoprire e punire effettivamente i crimini⁴⁷. Inforcando queste lenti, è facile cogliere perché l'aumento delle pene sia la strada più battuta dal legislatore "compulsivo" dell'epoca in cui viviamo. Questo stratagemma apparentemente non costa nulla, sicché l'idolo dell'invarianza finanziaria è più facilmente onorabile; per converso, è assai lucroso sul piano del consenso elettorale.

Senonché, nella più recente letteratura criminologica è documentato un modesto effetto dissuasivo degli aumenti delle pene edittali⁴⁸ e comunque sembra trovare conferma il postulato di Beccaria secondo cui la probabilità di condanna è più importante del *malum passionis* minacciato. Certo, nessuno oggi sarebbe così ingenuo da ambire, nelle condizioni del mondo reale, ad un'assoluta "certezza del castigo", a cui anelava il padre del diritto penale moderno. Tanto più che molti studi ormai attestano come, anche da questa angolazione, conti più che l'oggettiva probabilità della pena la sua percezione psicologica, vale a dire la probabilità attesa⁴⁹.

Ma proprio in quest'ultimo terreno – occorre riconoscerlo – hanno covato i maggiori vizi del diritto penale eretto a baluardo contro i fenomeni corruttivi.

La credibilità dell'arsenale sanzionatorio penale, già intrinsecamente indebolita dall'omertoso vincolo solidaristico che lega le parti dell'accordo corruttivo, è stata ulteriormente erosa dalla forte incidenza della prescrizione soprattutto dopo la suddetta legge *ex* Cirielli, dall'eccessivo sfasamento tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione della pena, dal marcato indulgenzialismo a beneficio di autori già socialmente integrati anche per effetto dell'ampio ricorso ai riti alternativi⁵⁰, dall'irragionevole durata dei processi che rende talvolta siderale la distanza tra la subitanea utilità del fatto criminoso e l'impatto negativo dell'accertamento di responsabilità, ecc.

Dunque, un diritto penale feroce in astratto, ma velleitario nella prassi, comunque largamente ineffettivo e selettivo. Da un lato, ciò ha drasticamente ridotto la

⁴⁷ Tant'è vero che quella che potremmo definire la "formula dell'efficienza punitiva" viene tradizionalmente declinata in questi termini: un soggetto realizzerà un reato se $b > ps$, dove b è il vantaggio atteso dal reato, p la probabilità di condanna e s l'entità della pena (irrogata giudizialmente). Per tutti, S. SHAVELL, *The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in *Amer. Econ. Rev.* 77, 1987, 586; ma già, nel pensiero dei padri dell'utilitarismo moderno, cfr. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, spec. il cap. XV («Proportion between Punishments and Offences»).

⁴⁸ Per un bilancio della ricerca in materia di *deterrence*, tra i tanti, v. D.S. NAGIN, *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in M. Tonry (a cura di), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 23, Chicago, 1998, 51 ss.; sinteticamente, T. BANDINI *et al.*, *Criminologia, Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, 2ª ed., Milano, 2003, p. 346-358. Nella letteratura penalistica, forti riserve sulla metodologia normalmente seguita nelle misurazioni dell'effetto generalpreventivo sono state espresse, però, da A. PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)* (2007), ora in *Id.*, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III, I, Milano, 2009, p. 1075 ss., specie per la mancata considerazione di fattori come la prontezza della pena e il livello di pena avvertito come giusto da una data collettività. Sul tema, di recente, v. anche il denso contributo di V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di A. Stile*, 2013, p. 15 ss.

⁴⁹ Sulla *perceptual deterrence*, cfr., per tutti, R. PATERNOSTER, *The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment*, in *Just. Quarterly* 4, 1987, p. 173 ss.

⁵⁰ Sulla forte incidenza del patteggiamento rispetto ai reati di corruzione *ex* art. 319 c.p., nel periodo 2010-2016, v. la *Analisi dell'impatto della regolamentazione* (concernente il d.d.l. Bonafede), p. 55.

percezione soggettiva del pericolo di condanna. Dall'altro lato, ha vanificato l'obiettivo di uno stabile consenso intorno ai valori della legalità amministrativa, dell'etica di impresa e della corretta costruzione del consenso democratico.

Con il recente provvedimento "Bonafede" il legislatore ha tentato di disincagliare il vascello dell'anticorruzione da queste secche, propalando il messaggio di un rischio penale enormemente accresciuto.

Tuttavia, dall'angolazione dei principi e valori penalistici di rilievo costituzionale, le scelte compiute segnalano, in modo ormai inequivoco, la deriva (anche) della lotta alla corruzione verso il paradigma del "diritto penale dell'emergenza", verso il convincimento cioè che in questo settore – come per la lotta alla mafia, al traffico di stupefacenti, ai crimini sessuali, per le politiche di *crimmigration*, ecc. – si sia costretti a reagire con schemi normativi non canonici, assai più duri di quelli utilizzati nel contrasto alla criminalità ordinaria⁵¹. Che le incognite applicative e correlate insidie per il rispetto di diritti fondamentali dell'indagato/imputato siano un costo da sopportare per vincere il male della corruzione. Che, anche sul piano comunicativo, sia utile impegnare un lessico da "chiamata alle armi".

In effetti, quando si parla di corrotti da "spazzare" siamo al cospetto di un linguaggio che lambisce quello brandito contro i nemici della società e dello Stato, *ergo* evocante il c.d. "diritto penale del nemico"⁵²: l'idea cioè che ai corrotti debba muoversi una guerra o comunque una lotta senza quartiere.

Questo sul piano comunicativo-simbolico.

In concreto, però, il *set* di congegni giuridici utilizzati non giunge alle esecrabili aberrazioni del vero *Feindstrafrecht*: si resta nei più collaudati sentieri del (comunque) duro, inflessibile, "diritto penale emergenziale"⁵³.

4. La progressiva osmosi tra lotta alla criminalità organizzata e lotta alla corruzione: rischi d'irragionevole *overdeterrence* e incertezze applicative degli istituti di nuovo conio.

Il dato più vistoso delle recenti strategie di lotta alla corruzione è, dunque, il processo osmotico con la battaglia ingaggiata dallo Stato contro il crimine organizzato: un interscambio di strumenti, istituti e perfino universi figurativi che ora tocca la

⁵¹ Sul perpetuo riproporsi, nella storia del potere punitivo, di discorsi emergenziali, intorno ai più disparati problemi sociali, tra i quali, oggi, anche la corruzione, v. E.R. ZAFFARONI – A. ALAGIA – A. SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, p. 24.

⁵² T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 9, ritiene senza mezzi termini che proprio questo sia l'approdo della riforma: l'immissione in blocco del microsistema dei delitti di corruzione «nelle fornaci del diritto penale del nemico».

⁵³ Cfr. G. VASSALLI, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, p. 31 ss., sulla distinzione concettuale tra "diritto penale del nemico", «parte estrema, marginale, intollerabile» del diritto penale dell'emergenza, affermatasi nella nostra epoca nella guerra al terrorismo, e "diritto penale dell'emergenza" in senso più ampio, appannaggio, ad es., della lotta alla mafia e al grande traffico di stupefacenti.

corruzione, ma che ha già investito molte altre sfere di criminalità contemporanea, rendendo arduo cogliere il criterio selettivo e la coerenza criminologica di così tante assimilazioni a tutto tondo⁵⁴.

Il modello emergenziale di tutela penale era in origine confinato alla battaglia intrapresa dallo Stato contro l'associazionismo di stampo mafioso e i grandi traffici di stupefacenti. Il panorama penalistico odierno è permeato dalle pulsioni a replicare tale sottosistema repressivo anche per altre pratiche criminose, di minore offensività ma parimenti "sistemiche". Della criminalità in contesto illecito organizzato si denuncia[va] la particolare odiosità e pericolosità sociale. Della fenomenologia corruttiva – benché per lo più ambientata in contesti leciti di base – si paventano effetti similmente nocivi per l'economia, la crescita culturale e sociale di una nazione, le istituzioni e i valori democratici, e finanche la «disgregazione dello Stato di diritto»⁵⁵.

La recente legge segna l'apice di tale visione culturale⁵⁶, che si sposa perfettamente con una concezione progettuale del diritto penale (e del suo braccio operativo, la magistratura) quale strumento – più che di pacifica convivenza in un contesto pluralistico di controllo sociale, per sua natura soggetto a limiti, almeno in uno Stato costituzionale di diritto – di palingenesi morale, di ri-affermazione imperativa di un'etica pubblica unitaria⁵⁷.

È doveroso comunque ribadire che il *trend* emergenziale della lotta alla corruzione è principiato ben prima dell'ultima legislatura, espandendosi col tempo a raggiera.

Oltre alla già riscontrata dilatazione delle fattispecie incriminatrici, all'introduzione di nuovi tipi penali a scarsa pregnanza offensiva e all'aumento smisurato delle pene edittali, ci sembra paradigmatica l'evoluzione conosciuta dall'immane apparato degli *strumenti di abbattimento dei patrimoni* illecitamente acquisiti.

Un primo ambito di "contaminazione" ha riguardato il sistema delle *misure di prevenzione patrimoniale*: una regione ai confini del diritto penale, dilatatasi grandemente negli ultimi anni, ben oltre l'originaria sfera dell'antimafia (cfr. la legge "Rognoni-La Torre" n. 646/1982). Sennonché, al di là delle etichette formali, appare viepiù arduo distinguere dal diritto penale in senso stretto (soprattutto) le misure patrimoniali, essendo queste protese più che al contenimento di una pericolosità soggettiva (dell'indiziato di reati)⁵⁸ alla salvaguardia del «sistema economico

⁵⁴ Sia consentito, al riguardo, il rinvio al nostro *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in corso di pubblicazione su *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2019.

⁵⁵ Così la relazione al d.d.l. Bonafede, riecheggiando i preamboli della Convenzione dell'ONU e del Consiglio d'Europa.

⁵⁶ Invero, questo *storytelling* è ampiamente diffuso anche in larghe fasce della società e dell'associazionismo meritoriamente impegnato nella lotta alle mafie: cfr., a titolo esemplificativo, *Don Ciotti: "La corruzione è come la mafia. È la più grave minaccia alla democrazia"*, 4 febbraio 2018, in www.antimafiaduemila.com.

⁵⁷ In assenza di un'etica generale comune agli schieramenti politici, come notato perspicuamente da M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale 'tipo d'autore'*, Modena, 2014. Cfr., altresì, ID., *Populismo e ragione pubblica*, cit., p. 46, su «l'uso del diritto penale come *prima ratio*, e sempre più spesso come etica pubblica, con una confusione permanente tra diritto penale e morale».

⁵⁸ Del resto, soprattutto a partire dai c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009 (d.l. 25 marzo 2008 n. 92,

complessivo dalle distorsioni prodotte dall'ingresso di ingenti capitali di (sospetta) provenienza illecita»⁵⁹.

Ebbene, i sequestri e le confische di prevenzione già da qualche anno sono stati scoperti in chiave anticorruptiva dalla prassi giudiziaria lungo l'andito della pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. b) del d.lgs. n. 159/2011: il vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose⁶⁰. Da ultimo, sono stati *expressis verbis* estesi dal legislatore del 2017 (l. n. 161) agli indiziati di alcuni reati contro la p.a. (nuova ipotesi di pericolosità qualificata), purché commessi in forma associata ex art. 416 c.p. (art. 4, lett. 1-*bis*, d.lgs. n. 159/2011)⁶¹.

Più di un decennio prima era maturato lo sconfinamento della confisca "allargata" ex art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con mod. dalla l. n. 356/1992 (ora art. 240-*bis* c.p., innestato dal d.lgs. n. 21/2018 sulla "riserva di codice") nel territorio dei delitti contro la p.a.⁶². Nel catalogo dei reati per i quali tale ipotesi speciale di confisca è applicabile sono stati inclusi i reati di corruzione, ad eccezione della corruzione attiva ex art. 321 c.p. Inoltre, con la l. n. 161/2017⁶³, si è deciso di esentare questa ipotesi speciale di confisca dagli effetti caducanti della prescrizione dopo che sia intervenuta una sentenza di condanna (cfr. ora art. 578-*bis* c.p.p., in cui – per effetto del d.lgs. n. 21/2018 è stato trasfuso quanto disposto dal comma 4-*septies* dell'art. 12-*sexies*, introdotto con la novella del 2017) e a quelli della morte del condannato dopo la condanna definitiva, con applicabilità *in executivis* agli eredi o aventi causa (cfr. ora art. 183-*quater*, comma 2, disp. att. c.p.p., in cui – sempre mediante il d.lgs. n. 21/2018 – è confluito il comma 4-*octies* dell'art. 12-*sexies*).

La compenetrazione tra lotta alla mafia e lotta alla corruzione appare, altresì, un tratto peculiare di un nugolo di istituti di nuovo conio, congegnati per neutralizzare la pericolosità di imprese in vario modo coinvolte in attività criminali (*in primis* associazioni delittuose e corruzione), senza comprometterne la continuità aziendale o la prosecuzione di rapporti contrattuali di interesse pubblico. Si tratta di varie ipotesi di commissariamento, amministrazione e controllo giudiziario, disperse, ancora una volta,

conv. in l. 24 luglio 2008 n. 125, e l. 15 luglio 2009, n. 94), la prevenzione patrimoniale si è andata sempre più emancipando dalla prevenzione personale.

⁵⁹ Cfr. F. PALAZZO – F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 48.

⁶⁰ L'ipotesi di cui alla lett. a) («coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi») è stata da poco dichiarata incostituzionale dal giudice delle leggi con la sent. n. 24 del 27 febbraio 2019.

⁶¹ Su questa significativa innovazione, apportata dalla l. n. 161/2017, cfr. i persuasivi rilievi critici di A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 29 marzo 2018. Sulla simbolicità dell'innovazione, salvo concludere per l'*interpretatio abrogans* dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b), cit., limitatamente alla sfera della criminalità amministrativa, cfr. V. MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, in R. Bartoli – M. Papa (a cura di), Milano, 2019, p. 101 ss.

⁶² Estensione che anche la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 33/2018, ha ritenuto emblematicamente espressiva di «logiche chiaramente estranee a quella primigenia dell'istituto».

⁶³ Cfr., al riguardo, la perspicua analisi di A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. pen.*, 29 marzo 2018.

tra i rami della responsabilità *ex crimine* degli enti (art. 15 d.lgs. n. 231/2001), della prevenzione patrimoniale (amministrazione *post* sequestro, misure *ex* artt. 34 e 34-*bis* del Codice antimafia) e della prevenzione amministrativa della corruzione (commissariamento prefettizio *ex* art. 32 della legge 114/2014, di conversione del d.l. n. 90/2014, destinato all'impresa aggiudicataria di appalti di per sé sana ma "sospettata" – in base a elementi concreti e qualificati – di condizionamenti corruttivi in relazione a uno specifico contratto)⁶⁴.

Le residue paratie tra tecniche di contrasto alla criminalità organizzata e alla corruzione sono state, pressoché interamente, "spazzate via" (qui l'espressione appare sicuramente calzante) dalla l. n. 3/2019. Se è vero che tale provvedimento ha introdotto novità a profusione, esse in larga parte mutuano quelle già saggiate nella lotta alle mafie, al traffico di stupefacenti e ad altre forme di criminalità a connotazione tendenzialmente organizzativa.

1) Sul *piano dell'accertamento investigativo*, si stagliano l'autorizzazione degli "agenti sotto copertura" e l'utilizzabilità senza limiti dei captatori informatici (c.d. *trojan*) ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.⁶⁵: due modalità di indagine particolarmente invasive di diritti fondamentali. Sempre sul piano processuale, va segnalata l'estensione a un'ipotesi peculiare di confisca quale quella per equivalente di cui all'art. 322-*ter* c.p. – graniticamente considerata come "sanzionatoria" dalla giurisprudenza – della previsione speciale di cui all'art. 578-*bis* c.p.p., che consente l'ablazione del prezzo o profitto del reato anche in caso di prescrizione in appello, prima limitata alla sola confisca "allargata".

2) Sul *piano del diritto penale sostanziale*, la novità più saliente è l'introduzione di un meccanismo premiale, improntato alla matrice ideologica del pentitismo, e volto a spezzare il "bozzolo omertoso"⁶⁶ che avvince il corrotto al corruttore: una causa di non punibilità collegata all'autodenuncia volontaria e alla collaborazione investigativa entro precisi limiti temporali (nuovo art. 323-*ter* c.p.).

⁶⁴ Cfr. G. PIGNATONE, [Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 2; T. GUERINI – F. SGUBBI, [L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento](#), in questa *Rivista*, 24 giugno 2014, p. 6; V. MONGILLO – N. PARISI, *L'intervento del giudice penale*, cit., p. 197 ss. Nella dottrina amministrativistica, con accenti critici (ben presenti anche nella letteratura penalistica), L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in *Giustamm.it*, n. 7/2014, sulla portata afflittiva della misura, adottata in assenza delle garanzie penalistiche; R. MAGNANI, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, ivi, 2014. Tuttavia, sulla natura non sanzionatoria del commissariamento in discorso, giacché esclusivamente amministrativa e di favore (rispetto all'interdittiva antimafia) per l'impresa attinta dal provvedimento, si è andata attestando la giurisprudenza amministrativa: cfr., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 aprile 2018, n. 2800.

⁶⁵ L'art. 6, comma 2, del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 aveva previsto l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, solo quando vi fosse motivo di ritenere che ivi si stesse svolgendo l'attività criminosa. Ora, in base all'inciso aggiunto nel comma 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p., i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni rientrano a pieno titolo tra quelli per i quali l'uso del captatore è sempre consentito.

⁶⁶ L'efficace espressione è di G. FORTI, [Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* 2012, n. 3-4, 181.



5/2019

3) Sul *piano penitenziario*, l'elemento di rottura rispetto al passato è l'inclusione degli artefici dei patti corruttivi nel binario differenziato – *rectius* discriminatorio – per tipi d'autore, finora riservato ai mafiosi e altre figure progressivamente equiparate dalla legge (cfr. i novellati artt. 4-*bis* e 47 dell'ordin. penit.), con pesanti ricadute sulla possibilità di fruire sia della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva *ex art.* 656, comma 5, c.p.p., che di successive misure alternative al carcere.

Queste, dunque, sono le principali azioni intraprese nella legislatura in corso con l'intento di elevare, da un lato, il rischio di condanna per i reati di corruzione facendo aggallare l'ingente sommerso e, dall'altro lato, l'effettività della pena (carceraria) per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione.

L'ulteriore incremento delle pene detentive per il delitto di corruzione impropria (art. 318 c.p.) e soprattutto l'inasprimento "draconiano"⁶⁷ delle pene interdittive per l'individuo e l'ente collettivo – che rappresentano l'altro fondamentale tassello della legge in discorso – s'inscrive invece nel *refrain* dell'intimidazione punitiva, e sconta comunque nel breve periodo il limite costituzionale del divieto di retroattività sfavorevole.

La scommessa del legislatore potrà dirsi vinta solo se questi nuovi congegni si riveleranno efficaci alla prova dei fatti e nel corso del tempo.

Per il momento, però, non si può ignorare il prezzo che il sistema penale anticorruzione rischia di pagare sull'altare dell'efficienza e di questo fervore catartico che sta conducendo alla forzosa *reductio ad unum* di patologie corruttive e mafiose, della corruzione-politico-amministrativa e della delinquenza delle organizzazioni criminali, dell'impresa *ex se* lecita e della imprenditorialità mafiosa.

I rischi, evidentemente, sono quelli usuali del diritto penale emergenziale: irragionevole *overdeterrence*, erosione delle garanzie penalistiche fondamentali a cominciare dal finalismo rieducativo delle pene, norme eccessivamente manipolabili in sede applicativa. Anche su queste insidie mette conto di meditare attentamente, nello scandagliare i nuovi istituti.

5. Spinte all'emersione della corruzione nascosta: i nuovi strumenti investigativi e premiali.

Le prime due novità su cui intendiamo soffermarci puntano a favorire l'emersione della considerevole "cifra oscura" che avvolge la fenomenologia corruttiva e così a rafforzare l'effettività delle incriminazioni. Vi abbiamo già fatto cenno: operazioni sotto copertura, che consistono in una tecnica investigativa speciale; causa di non punibilità di chi autodenuncia un patto criminoso, prevista dal nuovo art. 323-*ter* c.p.

⁶⁷ M. PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il Quot. giur.*, 11 settembre 2018.



5/2019

Queste innovazioni s’inseriscono idealmente nel solco tracciato dal legislatore con la legge n. 179/2017, con cui si è inteso accordare protezione giuridica al c.d. *whistleblower*, vale a dire a colui che venuto a conoscenza, nello svolgimento delle proprie mansioni, di un illecito o di un’irregolarità sul luogo di lavoro, decida di segnalarlo a una persona o un’autorità che possa agire efficacemente al riguardo.

5.1. Operazioni sotto copertura: il sottile discrimine tra “provocatore” e “infiltrato”.

Le c.d. operazioni sotto copertura sono già da tempo utilizzate per il contrasto a forme di criminalità particolarmente grave, a partire dal traffico di stupefacenti⁶⁸.

Attualmente, tali tecniche d’indagine si trovano regolate, prevalentemente, nell’art. 9 della l. n. 146/2006, che ha operato una *reductio ad unitatem* di una miriade di ipotesi sparse in varie disposizioni, assicurando – anche attraverso la successiva legge n. 136/2010 – una armonizzazione quasi completa di requisiti soggettivi, oggettivi, teleologici ed autorizzatori.

L’ultimo ampliamento dello spazio applicativo del precetto, operato dalla l. n. 3/2019, mira a facilitare la scoperta dei fatti concussivi e degli accordi illeciti o a sfondo collusivo ai danni della p.a. Accentuando la dimensione elefantica assunta per successiva stratificazione dall’art. 9 cit., hanno fatto il loro ingresso tredici nuove fattispecie: non solo i reati di corruzione attiva e passiva, domestica e internazionale, incluse le condotte istigatorie (artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322, 322-bis), ma anche la concussione (art. 317 c.p.) e l’induzione indebita (ma nella sola forma attiva ex art. 319-*quater*, comma 1, c.p., giacché l’indotto per definizione è spinto al reato dall’abuso del pubblico agente), e persino il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e del procedimento di scelta del contraente da parte della p.a. (art. 353-bis c.p.). Restano fuori, *inter alia*, il peculato, la malversazione e l’indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, l’abuso d’ufficio, ecc.

Il legislatore, nel codificare la figura dell’agente sottocopertura per i reati contro la p.a., aveva un duplice vincolo internazionale da onorare: il primo di segno *positivo* concernente, appunto, l’introduzione a fini di contrasto della corruzione di tecniche investigative speciali (cfr. art. 50 della Convenzione ONU contro la corruzione del

⁶⁸ Tra le fattispecie oggi richiamate dall’art. 9 della l. n. 146/2006 vi sono quelle in materia di stupefacenti, terrorismo, falso nummario, contraffazione, riciclaggio, delitti contro la personalità individuale, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, armi ed esplosivi, immigrazione irregolare, attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, sfruttamento della prostituzione, ecc. In materia di pedopornografia esiste anche una disposizione specifica: l’art. 14, commi 1 e 2, della l. n. 269/1998, n. 269. Potrebbe apparire singolare il silenzio del comma 1 dell’art. 9 cit. rispetto alle fattispecie associative di cui agli artt. 416 e 416-bis: sulle possibili ragioni, v. per tutti G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 180, il quale peraltro nota come il comma 8 dello stesso art. 9 preveda obblighi informativi circa le attività svolte dagli infiltrati in relazione a tutti i delitti indicati dall’art. 51, comma 3-bis, c.p.p.: ciò potrebbe indurre a ritenere, indirettamente, che il legislatore abbia voluto scriminare le *undercover operations* anche per gli infiltrati in associazioni di stampo mafioso, senza dover ricorrere all’art. 51 c.p.

2003)⁶⁹; il secondo, di segno *negativo*, insito nella necessità di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che – nell'interpretazione della Corte Edu – è stata reiteratamente giudicata incompatibile con forme di vera e propria istigazione (*incitement* o *entrapment*) – nella ristretta accezione di determinazione alla commissione di un reato – per acquisire o far acquisire la prova del comportamento colpevole.

Circa quest'ultimo scottante profilo, è noto come la giurisprudenza convenzionale ruoti attorno al crinale – in astratto nitido ma sovente più sfumato in concreto – che separa la figura dell'"agente provocatore" (*agent provocateur*) da quella dell'"agente infiltrato" od operante "sotto copertura" (c.d. *undercover agent*).

Su queste basi, sin dal *leading case* del 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, in materia di traffico di stupefacenti, la Corte Edu ritiene contrastante con la clausola del "processo equo" (art. 6, par. 1, CEDU) la condanna di soggetti il cui intento criminoso, prima inesistente, sia sorto solo per il surrettizio atteggiamento induttivo di agenti delle forze dell'ordine; mentre, di contro, reputa legittima la prova raccolta nell'ambito di un'attività di indagine ufficiale nei confronti di soggetti già propensi a compiere il reato accertato⁷⁰.

In altre parole, la Corte europea riconosce la necessità investigativa di operazioni speciali a fini di contrasto alla criminalità organizzata e alla stessa corruzione, ma ritiene al contempo che il diritto a un'amministrazione *fair* della giustizia non possa mai essere pretermesso per ragioni utilitaristiche⁷¹. Con formula di sintesi ripetutamente impiegata, la Corte chiarisce che la condotta dell'*undercover agent* può ritenersi legittima solo se rimanga nei confini di una «investigazione essenzialmente passiva» dell'attività criminale sospetta⁷². In altre parole, l'infiltrato può soltanto aderire (*join*) alla condotta criminale, giammai esercitare un'influenza causale, vale a dire determinarla sul piano psichico⁷³. Per sceverare un caso dall'altro, vengono normalmente scrutinate a

⁶⁹ Art. 50 – Tecniche investigative speciali: «1. Per combattere efficacemente la corruzione, ciascuno Stato, nei limiti consentiti dai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico interno, e conformemente alle condizioni stabilite dal proprio diritto interno, adotta le misure necessarie, con i propri mezzi, a consentire l'appropriato impiego da parte delle autorità competenti [...] di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le *operazioni sotto copertura*, entro il suo territorio, e a consentire l'ammissibilità in tribunale della prova così ottenuta» (corsivo nostro). La norma segue, sul punto, le orme della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (art. 20), e relativi Protocolli, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001.

⁷⁰ Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, spec. §§ 31-39, su cui v. A. VALLINI, *Il caso "Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 197 ss.; poscia, tra le tante, Id., 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia/Germania*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920; Id., 26 ottobre 2006, *Khudobin v. Russia*, § 135; Id., 5 febbraio 2008, *Ramanauskas v. Lithuania* (caso di corruzione di un magistrato); Id., 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis v. Greece*; Id., 4 novembre 2010, *Bannikova v. Russia*, §§ 33-65, in cui compare una dettagliata rassegna dei principi formulati in materia dalla Corte; da ultimo, Id., 20 febbraio 2018, *Ramanauskas v. Lithuania* (No. 2), spec. §§ 52-61 (altro caso di corruzione).

⁷¹ Ad. es., *Bannikova v. Russia*, cit., § 33.

⁷² Già *Teixeira de Castro v. Portugal*, cit., § 38.

⁷³ *Ex plurimis*, Corte Edu, 6 maggio 2003, *Sequeira v. Portugal*; Id., 28 giugno 2018, *Tchokhnelidze v. Georgia* (caso di corruzione).



5/2019

Strasburgo, per un verso, le ragioni sottese all'operazione sotto copertura, segnatamente se sussistevano "sospetti oggettivi" (*objective suspicion*) che il ricorrente fosse già coinvolto in attività criminali o comunque orientato a commettere un reato prima dell'intervento dell'agente di polizia⁷⁴; e, per altro verso, le condotte poste in essere da quest'ultimo, in particolare se egli sia ricorso ad una pressione in assenza della quale il reato non sarebbe venuto ad esistenza⁷⁵.

Il sostanziale superamento della categoria dommatica dell'agente provocatore, sui cui margini d'impunità si era in passato concentrato il dibattito dommatico interno, è col tempo maturato anche nella nostra giurisprudenza di legittimità, che ha reiteratamente affermato l'inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p. degli atti di indagine raccolti mediante provocazione⁷⁶, nonché l'illiceità di condotte dell'agente infiltrato che superino i limiti di quelle permesse dalla legge. Tali sono, secondo il formante giurisprudenziale, unicamente quelle volte a disvelare un proposito criminoso preesistente nell'imputato benché allo stato latente; non quelle determinatrici di reati che, senza l'azione dell'agente di polizia, non sarebbero stati commessi⁷⁷.

Del resto, l'antitesi tra operazione sotto copertura e istigazione *contra legem*, tra mero agente infiltrato e provocatore, si evince, implicitamente, dallo stesso contenuto letterale dell'art. 9 della legge n. 146/2006, il quale fissa tre limiti alla legittima fruizione della scriminante.

Innanzitutto, essa è ristretta a categorie di soggetti tassativamente nominati, appartenenti a strutture specializzate dei corpi di polizia giudiziaria, a cui possono aggiungersi persone interposte o ausiliarie (*limite soggettivo*)⁷⁸. Già a questo livello, la novella del 2019 fa sorgere un problema applicativo, giacché la norma riformata non esplicita quali siano le strutture autorizzate nel settore della corruzione. Pare ragionevole, pertanto, l'indicazione di massima, ricavabile dal dibattito dottrinale, secondo cui «ogni volta che un reato di corruzione intervenga in un'indagine che si svolga in un settore dove esista una struttura specializzata in altra materia (droga,

⁷⁴ *Ex multis*, *Teixeira de Castro v. Portugal*, cit., § 32; Id., 15 dicembre 2005, *Vanyan v. Russia*, §§ 46-47; Id., 23 ottobre 2014, *Furcht v. Germany*, § 38.

⁷⁵ Tra le tante, *Ramanauskas v. Lithuania*, cit., 55; *Furcht v. Germany*, cit., 51; Id., 8 marzo 2016, *Morari v. The Republic of Moldova*, § 31; Id., 4 aprile 2017, *Matanović v. Croatia*, § 123.

⁷⁶ Cass., sez. III, 3 giugno 2008, rv. 240269; Id., 3 maggio 2011, n. 17199; Id., 10 gennaio 2013, n. 1258, inedita, che richiama espressamente la giurisprudenza CEDU. Resta ferma, tuttavia, la liceità dell'eventuale sequestro del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato: Cass., sez. IV, 14 marzo 2008, Varutti, rv. 239525.

⁷⁷ Cass., sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 51678, rv. 261449-01; Cass., sez. III, 16 settembre 2013, n. 37805, rv. 257675-01.

⁷⁸ La platea include «ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia» (art. 9, comma 1). Il comma 1-bis poi estende la causa di giustificazione di cui al comma 1 «agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura», purché le attività siano «condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi» dello stesso articolo, nonché alle «interposte persone che compiono gli atti di cui al comma 1». L'estensione della platea dei soggetti legittimati a partecipare alle operazioni si evince, altresì, dal comma 5: «Per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, di ausiliari e di interposte persone, ai quali si estende la causa di non punibilità prevista per i medesimi casi».

criminalità organizzata, eversione, riciclaggio) gli ufficiali ad essa appartenenti potranno svolgere operazioni sottocopertura»⁷⁹.

In secondo luogo, le condotte devono essere poste in essere «nei limiti delle proprie competenze» e «nel corso di specifiche operazioni di polizia» (*limite oggettivo*).

Infine, occorre che le operazioni siano svolte «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti» espressamente indicati (*limite finalistico*). Ciò, anche in considerazione del profilo funzionale dei soggetti autorizzati, implica, altresì, il necessario svolgimento delle attività nel corso delle indagini preliminari precipuamente volte all'acquisizione delle fonti di prova (art. 55 c.p.p.)⁸⁰.

Il *punctum dolens* della disciplina è che non è sempre agevole distinguere in modo netto, in qualsivoglia vicenda concreta, tra *passive investigation* e *police incitement*, tra operazioni investigative che si limitino a far affiorare «un'intenzione criminosa già esistente nell'imputato anche se allo stato latente», ed altre che invece l'abbiano «determinata in modo essenziale»⁸¹.

La stessa Corte Edu non ignora le difficoltà di tracciare un preciso discrimine. Pure per questo non manca di avvertire che «la varietà di situazioni che possono verificarsi in quest'ambito non può ridursi a una mera *checklist* di criteri semplificati»⁸².

D'altro canto, le incognite aumentano ove si consideri che la giurisprudenza convenzionale e di riflesso quella interna oscillano nel riferire il predicato di preesistenza vuoi ad un mero proposito criminoso (che ben potrebbe rimanere celato fino all'intervento dell'*undecover*), vuoi – in modo certamente più pregnante – ad “attività illecite già in corso”, il che presuppone la previa esteriorizzazione materiale di quell'intento⁸³.

Al riguardo, non v'è dubbio che considerare requisito implicito di legittimità dell'operazione sotto copertura l'esistenza di un quadro indiziario di una certa consistenza – pressappoco, gli *objective suspicions* richiesti dalla giurisprudenza di Strasburgo – possa servire a prevenire gli abusi di questo strumento investigativo. Abusi che potrebbero servire ad “intrappolare” possibili autori di fatti, come quelli corruttivi, di norma non equiparabili a manifestazioni di delinquenza organizzata o professionale (come il traffico di stupefacenti).

Presumibilmente, però, il disposto normativo interno sarebbe risultato più rassicurante ove avesse condizionato la stessa autorizzazione dell'operazione

⁷⁹ 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, a cui si rinvia per ulteriori puntualizzazioni.

⁸⁰ P. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit., che correttamente esclude dal perimetro dell'art. 9 ogni attività che abbia finalità di prevenzione.

⁸¹ Cass., sez. III, 16 settembre 2013, n. 37805, cit.

⁸² *Ramanauskas v. Lithuania* (No. 2), cit., § 52.

⁸³ Cass., sez. III, 21 luglio 2016, n. 31415, rv. 267517-01 (fattispecie riferita a condotte di importazione di diversi quantitativi di sostanze stupefacenti da parte di agenti di polizia giudiziaria, in cui la Corte ha precisato che requisito essenziale per la liceità delle operazioni e per l'applicazione dell'esimente sia la prova, nella specie mancante, dell'esistenza di accordi, tra fornitori e destinatari della droga, precedenti all'intervento dell'agente sotto copertura).

all'esistenza di *sufficienti indizi* – non di un mero intendimento criminoso (anche solo latente), ma – di attività criminose tipiche già in fase di esecuzione⁸⁴.

Sul piano stilistico, inoltre, non può sottacersi la difficoltà di lettura derivante dalla collocazione del *novum* in una disposizione che ormai affastella un coacervo di reati presupposto e condotte scriminate assai eterogenei tra loro⁸⁵.

Nonostante queste mende, il legislatore si è sforzato in vario modo di contenere i rischi di un uso deviato delle operazioni investigative speciali a fini di contrasto della corruzione.

a) Anzitutto, si è escluso che possa fruire della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. (cfr. il comma 3, seconda parte) l'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni dell'art. 9 della l. n. 146/2006. Tale previsione si presta a prevenire anche l'utilizzo strumentale di "interposte persone" (ammesso, in generale, dal comma 1-bis dell'art. 9), atteso che il divieto opera pure quando la denuncia sia «preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato» (prima parte)⁸⁶.

b) Inoltre, la formulazione dell'art. 9, comma 1, come integrata dalla novella del 2019, ha abilitato l'organo di polizia giudiziaria a tenere condotte che paiono – se correttamente intese – rigorose del limite essenziale fissato dalla giurisprudenza europea, quello della compartecipazione meramente *passiva*.

In concreto, la norma può ambire a più sicura applicazione quando l'infiltrato agisca sotto le mentite spoglie dell'*extraneus* alla pubblica amministrazione. Le azioni scriminate, nella specie, possono consistere nel: 1) «corrispond[ere] denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri» (condotta potenzialmente rilevante a titolo di concorso in corruzione e per lo più riguardante, nella prassi, le c.d. consegne controllate); 2) «promett[ere] o da[re] denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio» (condotte volte a raccogliere elementi di prova in ordine ai delitti di concussione, corruzione passiva, induzione indebita, turbativa); 3) «promett[ere] o da[re] denaro o altra utilità [...] sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo» (traffico di influenze illecite). Tali modalità comportamentali, evidentemente, non si riducono all'osservazione di attività criminali altrui: corrispondono a precisi tipi legali⁸⁷ o comunque potrebbero rilevare a titolo di compartecipazione in un fatto delittuoso⁸⁸. Presuppongono, comunque, un

⁸⁴ Similmente D. PIVA, *Le sfide*, cit., p. 3, che aveva auspicato la possibilità di disporre le operazioni «solo ove vi sia fondata ragione di ritenere che [i reati contro la p.a. previsti dall'art. 9] siano già in corso di esecuzione».

⁸⁵ Lo nota anche P. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit.

⁸⁶ *A fortiori*, come affermato dalla Cass., sez. V, 26 luglio 2018, n. 35792, la tutela riconosciuta dalla l. n. 179/2017 al *whistleblower* non può prestarsi a legittimare attività investigative svolte dal dipendente pubblico di sua iniziativa al fine di effettuare la segnalazione di illeciti, quasi si trattasse di un agente infiltrato. Nel caso di specie un dipendente, al fine di raccogliere prove per una successiva denuncia, si era reso responsabile del reato di accesso abusivo a sistema informatico.

⁸⁷ Così anche T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 4, secondo cui «è facile constatare come il legislatore abbia attribuito all'agente sotto copertura un ruolo corrispondente a quello del corruttore».

⁸⁸ Senza una promessa/dazione corruttiva non può perfezionarsi il *pactum sceleris* tipizzato dall'art. 318 e ss.; un'attività di intermediazione, garantendo l'esecuzione dell'illecito, potrebbe servire a rafforzare il

accordo illecito già concluso da altri (e quindi un illecito penale già perfezionatosi) o un'iniziativa del pubblico agente ("richiesta") o dell'intermediario ("sollecitati").

Resta il fatto che una sollecitazione indebita del pubblico agente potrebbe pure accedere a comportamenti suggestivi o surrettiziamente induttivi del privato che agisca sotto copertura. Si pensi al caso in cui quest'ultimo lasci intendere ad un funzionario pubblico che sarebbe disposto a pagare pur di avere un certo atto amministrativo.

Per dissipare ogni dubbio, nei singoli casi giudiziari, necessiterà un'accuratezza ricostruttiva non sempre comoda.

Quest'esigenza diviene ancora più impellente allorché l'infiltrato indossi i panni dell'*intransiens* alla p.a. Nel caso di specie, appaiono astrattamente confacenti le seguenti condotte: il «riceve[re] denaro o altra utilità», ovvero «accetta[re] l'offerta o la promessa».

In realtà, la prima formula – che corrisponde letteralmente alla descrizione legale di una delle due condotte tipiche di corruzione passiva – era compresa nella trama dell'art. 9 già prima della recente novella. Il quadro normativo diviene qui più nebbioso, giacché la ricezione di un'*utilitas* potrebbe anche seguire a una sollecitazione illecita; in altre parole non è assolutamente incompatibile con un'istigazione iniziale del pubblico agente⁸⁹.

Per schivare questo esito, debbono anzitutto ritenersi pertinenti – tra le condotte di corruzione passiva realizzabili da un agente sotto copertura – solo quelle di accettazione dell'offerta ovvero della promessa di un'utilità indebita, oggetto di inserzione nell'art. 9 ad opera della l. n. 3/2019. La prima ipotesi – l'accettazione di un'offerta – rientra nel più vasto campo semantico della ricezione di un'utilità, ma ha il pregio di connotare in chiave essenzialmente adesiva la condotta del funzionario apparente. Alle stesse conclusioni deve pervenirsi rispetto all'accettazione di una promessa. Ogni dubbio residuo va comunque risolto mediante un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, informata al principio secondo cui in uno Stato di diritto, laico e liberal-democratico, gli organi investigativi sono preposti alla scoperta dei reati e non a testare la moralità dei consociati.

In definitiva, la dinamica delittuosa andrà sempre attentamente apprezzata nella sua cornice storico-fattuale, per appurare, in linea con quanto richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo, se l'*undercover* si sia limitato ad "unirsi" (*join*) alla condotta criminosa altrui, al più fornendo l'*occasione* perché si concretizzi il fatto/intento penalmente rilevante. Di certo, l'iniziativa autonomamente assunta dalla controparte dell'infiltrato è dirimente per inferire un proposito criminoso non instillato dall'*incipit* istigatorio di quest'ultimo⁹⁰. Verosimilmente però, lo si ribadisce, in non poche contingenze il quadro indiziario non sarà così univoco.

proposito criminoso delle parti.

⁸⁹ Nota questo disallineamento A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti*, cit., p. 6.

⁹⁰ La Corte di Strasburgo, nel caso *Ramanauskas v. Lithuania*, cit., ha ravvisato la provocazione corruttiva di un magistrato ad opera di un agente di polizia che aveva assunto l'iniziativa. Diversamente, nella recente *Ramanauskas v. Lithuania* (No. 2), cit., § 68, ha escluso gli estremi della provocazione in una vicenda che vedeva coinvolto il medesimo ricorrente – il quale nel frattempo era passato a svolgere la professione di



5/2019

Lo spazio criminologico elettivo delle operazioni sotto copertura è rappresentato dai contesti amministrativi o imprenditoriali inquinati da mercanteggiamenti sistematici dei pubblici poteri, da collusioni endemiche tra operatori economici apparentemente concorrenti, o comunque da prassi illegali diffuse e inveterate, meglio ancora se cadenzate in forma associata. Missione dell'agente infiltrato, in questi casi, è disvelare un sistema di corrottele radicate e persistenti. Proprio questa, del resto, è la fenomenologia che ha sospinto il legislatore a estendere alla sfera della corruzione metodiche investigative di tipo poliziesco, il cui detonatore potrebbe sostanzarsi anche nei nuovi istituti recentemente introdotti al fine di promuovere la segnalazione di illeciti altrui (*whistleblowing*) o l'autodenuncia di reati (art. 323-ter c.p., su cui v. *infra* il § 5.2).

I problemi applicativo-operativi, tuttavia, non mancano.

In generale, una certa diffidenza serpeggia tra le forze di polizia verso strumenti d'indagine non convenzionali, percepiti come assai scivolosi e comunque poco "garantiti" ai fini dell'esonero da responsabilità. Sicché, gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria tendono a manifestare non poche titubanze nell'assumere il ruolo di infiltrato.

Nel settore dell'anticorruzione, per giunta, il compito da espletare appare particolarmente complesso.

Se ci riferiamo ai circuiti della *grand corruption* (commesse pubbliche, appalti di cospicuo valore, ecc.) è assai arduo che un appartenente alla polizia giudiziaria riesca *d'emblée* ad infiltrarsi, accreditandosi agli occhi di potenziali delinquenti, specie se ad alimentarne la circospezione è proprio la possibilità – ora normata – di essere irretiti da un falso sodale. Di certo, è assai disagevole riuscire a riscuotere piena fiducia in ambiti così selettivi e poco permeabili, prescindendo da una rete di rapporti coltivati nel tempo. È prevedibile allora che, nella prassi, per provare ad incunearsi nei meandri labirintici della corruzione, si finirà per ricorrere per lo più ad interposte persone⁹¹.

Ma quand'anche un infiltrato adeguatamente formato, nonché supportato da una struttura *ad hoc* che assicuri la credibilità della sua azione, riuscisse nell'impresa, non sarà mai automatico stabilire se lo abbia fatto rispettando i paletti legislativi o debordando da un contegno meramente passivo.

Rispetto invece alle manifestazioni corruttive minute – si pensi ai piccoli pagamenti per ottenere una licenza, una concessione, un visto o una prestazione sanitaria eludendo le liste d'attesa – è forse più semplice che il rapporto corruttivo s'instauri senza che la condotta funzionale dell'infiltrato sconfini in vera e propria

avvocato – per aver richiesto il versamento di una tangente al fine di corrompere dei giudici e ottenere una misura alternativa alla detenzione per un assistito. Sul rilievo sintomatico della provenienza dell'iniziativa nell'approcciare la controparte di un "reato contratto", v., altresì, Corte Edu, 1 luglio 2008, *Malininas v. Lithuania*, § 37. In merito ad altri indici sintomatici valorizzati dalla Corte per verificare la rilevanza causale o meno della condotta dell'agente rispetto alla realizzazione del fatto-reato (ad es. sospetti circa una progressiva attività criminosa del ricorrente, insistenza della proposta illecita, ecc.), cfr. 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, § 2.

⁹¹ Per una notazione simile, cfr. M. GAMBARELLA, *Il grande assente*, cit., p. 58.

determinazione al reato. Nondimeno, quest'esito è plausibile soprattutto in situazioni d'illiceità sporadica o isolata: proprio quelle in cui, però, per un verso è meno probabile un accordo criminoso già concluso o una richiesta indebita alla quale l'*undercover* si limiti ad aderire, e per altro verso possono risultare carenti gli stessi presupposti giustificativi dell'operazione investigativa speciale.

Al di là dei dubbi suscitati dalle recenti interpolazioni dell'art. 9 della l. n. 146/2006, già in passato il regime generale della scriminante rivelava vaste aree grigie. La posta in gioco è alta: una dilatazione eccessiva della scriminante funzionale se da un canto può accrescere gli spazi di impunità dell'infiltrato, riduce per converso quelli della controparte sottoposta alle indagini. Riflettiamo allora un attimo sui principali spazi di incertezza.

i) Innanzitutto, a essere scriminate non sono solo le azioni tipiche dei reati espressamente indicati, ma anche quelle di cui al comma 2 dell'art. 9 (utilizzo di documenti, identità o indicazioni di copertura) e – a partire dalla novella contenuta nella l. n. 136/2010 – quelle «prodromiche e strumentali». Tale formula di chiusura racchiude espressioni vaghe, che offuscano i limiti della causa di esenzione da responsabilità. Sicuramente, non sembra che da questo andito possa passare l'estensione dell'impunità a condotte di istigazione diretta alla corruzione, quantunque l'art. 322 c.p. pure appartenga ai nuovi illeciti inseriti nell'art. 9.

Sul piano dei soggetti legittimati, qualche problema interpretativo pongono, invece, le nozioni di "interposta persona" e "ausiliario", potendosi grossomodo tracciare il discrimine tra queste due figure nel coinvolgimento diretto o meno in attività tipiche dell'*undercover*⁹².

ii) Inoltre, lo stesso art. 9 fa testualmente salvo «quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale». È per certi aspetti singolare che una norma pensata per "tassativizzare" i presupposti dell'operazione sotto copertura *secundum ius* lasci dichiaratamente aperta la possibilità di invocare, in via residuale, la scriminante generale. Comunque sia, è plausibile limitare lo spazio operativo secondario dell'art. 51 c.p. a interventi indiretti e marginali nell'ideazione ed esecuzione del fatto, che – in assenza dei presupposti autorizzatori della scriminante speciale – si risolvono in un'attività di controllo, osservazione e contenimento delle azioni illecite altrui, all'infuori di qualsiasi realizzazione penalmente tipica⁹³.

⁹² Cfr. G. AMATO, *Infiltrato a caccia di riscontri e prove senza "provocazioni"*, in *Guida al diritto*, 2 febbraio 2019, n. 7, p. 87 ss.

⁹³ Cass., sez. IV, 9 novembre 2016, n. 47056, rv. 268998-01, concernente un caso di applicazione dell'art. 51 c.p. ad un agente che aveva agito sotto copertura ma al di fuori dei limiti fissati dalla legge, in particolare dall'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990, disposizione rimasta in vigore ancorché si limiti a rinviare all'art. 9 predetto. Nel caso esaminato l'agente non era addetto precipuamente ad una unità specializzata antidroga e aveva agito senza che le operazioni fossero state disposte dal Servizio Centrale Antidroga o d'intesa tra questo servizio ed il Comandante della Guardia di Finanza o del Nucleo di Polizia Tributaria. Secondo la S.C. «al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'art. 97 DPR n. 309/90, l'attività del cosiddetto agente provocatore che, in accordo con la polizia giudiziaria, propone al fornitore e realizza la compravendita di droga al fine di permettere l'arresto del detentore dello stupefacente, non è scriminata dalla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di polizia giudiziaria». Cfr. anche Cass., sez. I, 14 gennaio

iii) Vivamente discusso è lo stesso inquadramento dommatico della causa di non punibilità in disamina.

Se rispetto all'esenzione da responsabilità del "vecchio" agente provocatore, il ventaglio delle soluzioni dottrinali oscillava dall'assenza del dolo di partecipazione all'applicabilità dell'art. 51 c.p., il legislatore, riformando nel 2010 la disciplina delle operazioni sotto copertura, è venuto in soccorso dell'interprete, designando espressamente l'esimente dell'art. 9 come "causa di giustificazione" (cfr. il neointrodotta comma 1-*bis*).

Non è sopita però la disputa sulla precisa natura di tale scriminante, vale a dire se essa evochi la struttura delle cause di giustificazione ordinarie e il bilanciamento di interessi *ex post* ad esse immanente⁹⁴, o l'inedito contenitore delle "scriminanti procedurali", di più recente enucleazione dottrinale, incardinato sulla legittimazione *ex ante* della condotta lesiva attraverso l'«espletamento di una procedura di controllo pubblico da far intervenire in costanza del comportamento tipico»⁹⁵.

Ad ogni modo, nel caso di specie il dato esteriore si staglia nettamente: la liceità della condotta dell'agente è condizionata al rispetto di un *iter* procedurale, che passa inderogabilmente per l'autorizzazione e la documentazione delle operazioni, incluso il rispetto di precisi obblighi informativi.

iv) Ma è proprio sotto quest'ultimo aspetto che sorgono le maggiori perplessità, relative – come si è detto – agli abusi a cui potrebbe prestarsi la speciale metodica di indagine.

In generale, risulta alquanto scarna la disciplina che regola il rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nelle diverse fasi di attivazione, esecuzione e controllo dell'operazione.

In particolare, sebbene il legislatore abbia voluto assicurare un coordinamento e un controllo centralizzato di tutte le investigazioni sotto copertura, il comma 3 dell'art. 9 si limita a richiedere che la loro esecuzione sia disposta dagli organismi di vertice delle singole forze di polizia, ovvero, su loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale. Il percorso da seguire resta ampiamente indefinito.

È vero che, sin dall'emanazione della legge n. 146/2006, si è imposto agli organi verticistici della polizia almeno una *comunicazione* preventiva (quindi non postuma) al pubblico ministero circa l'operazione disposta (comma 4), ed altresì un obbligo di informarlo "senza ritardo" circa le modalità e i soggetti che partecipano all'operazione e dei risultati della stessa. Resta il fatto, però, che – diversamente da quanto richiesto ad

2008, n. 10695, rv. 239704-01.

⁹⁴ Così G. AMARELLI, *Le operazioni*, cit., p. 177, rifacendosi all'insegnamento di M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1273 ss., 1285. Sulla stessa lunghezza d'onda, più di recente, F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti: principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Milano, 2018, spec. p. 43 s.

⁹⁵ V., ora, il ponderoso studio di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, spec. p. 25 ss., 177 ss. e 354 ss. (con precipuo riferimento al tema dell'agente (non)provocatore/infiltrato).

esempio in materia di pedopornografia dall'art. 14, comma 1, della l. n. 269/1998, n. 269⁹⁶ – l'inizio dell'investigazione speciale non è assoggettata alla «previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria» (corsivo nostro).

Probabilmente in un settore così delicato, non di rado anche per gli equilibri politico-democratici, come la lotta alla corruzione sarebbe stato più accorto riconoscere espressamente al magistrato inquirente la disponibilità e il pieno comando dell'operazione investigativa speciale sin dalla fase embrionale. Il rischio altrimenti è che siano gli organi di polizia, sotto il controllo del governo, a selezionare discrezionalmente i possibili bersagli.

Nel caso di specie, però, occorre rispettare pure i *dicta* costantemente formulati dalla Corte di Strasburgo, secondo cui condizione imprescindibile di legittimità – nell'orbita dell'art. 6, para. 1, CEDU – dell'operazione sotto copertura è il necessario controllo dell'autorità giudiziaria, da ritenere il meccanismo più appropriato⁹⁷; ovvero, in subordine, la supervisione dell'organo dell'accusa, con procedure e protezioni acconce⁹⁸.

Parte della dottrina suggerisce di sciogliere questo nodo – concernente la triangolazione dei rapporti tra organi di polizia che svolgono le indagini, organi di vertice dei corpi di polizia e organo di direzione delle investigazioni *ex art.* 327 c.p.p. – mediante un'interpretazione convenzionalmente conforme⁹⁹. Del resto, non mancano voci accreditate secondo cui dal dettato dell'art. 9 sarebbe comunque evincibile che la decisione degli organi verticistici delle polizie «sia sospensivamente condizionata all'assenso quantomeno del pubblico ministero titolare delle indagini e, nell'eventualità, del diverso pubblico ministero competente in relazione al *locus commissi delicti*»¹⁰⁰. Autorevoli esponenti della magistratura inquirente fanno altresì presente che «la prassi in essere, massimamente nel settore del terrorismo e nel traffico degli stupefacenti, delinea soluzioni coerenti con il sistema, nel senso che gli organi di polizia che svolgono le indagini propongono al pubblico ministero la speciale tecnica d'investigazione e, con il suo consenso, richiedono agli organi di vertice di disporre l'operazione», così salvaguardando la fisiologia dei rapporti tra polizia giudiziaria che svolge le indagini e pubblico ministero che le dirige e inquadrando come atto meramente aggiuntivo l'autorizzazione degli organi di vertice della polizia giudiziaria¹⁰¹.

⁹⁶ Questa previsione, tuttavia, secondo una parte della dottrina legittimerebbe vere e proprie forme di provocazione: così A. MANNA – F. RESTA, *I delitti in materia di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. internet*, 2006, p. 223. Peraltro la recente sentenza della Cass., sez. III, 13 settembre 2017, n. 41605, sembra escludere, indirettamente, l'utilizzabilità di prove aventi ad oggetto forme di detenzione illecita "stimolata" attraverso indagini di polizia giudiziaria.

⁹⁷ *Matanović v. Croatia*, cit., § 124.

⁹⁸ Ad es., Corte Edu, 24 giugno 2008, *Miliniènè v. Lithuania*, § 39.

⁹⁹ C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in A. BALSAMO – R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 408.

¹⁰⁰ Ad es. A. BALSAMO – A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico). Cooperazione internazionale*, in A. Bargi (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 119.

¹⁰¹ P. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit. Sul punto, sono intervenute anche circolari di organi giudiziari requirenti, come quelle della Procura di Roma del 21 febbraio 2019 e della Procura di Napoli del 22 febbraio 2019.

Ad ogni modo, anche a prescindere dai non trascurabili rischi di incappare – talvolta – in un’interpretazione *in malam partem*, a detrimento degli agenti infiltrati¹⁰², ci sembra evidente che le ambiguità della disciplina nazionale collidano *in parte qua* con l’esigenza di una «clear and foreseeable procedure» autorizzativa delle misure investigative speciali, pretesa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁰³.

5.2. *L’inedita causa di non punibilità del denunciante.*

Come si è già notato, in Italia una notevole dissonanza quantitativa divide percezione sociale del fenomeno corruttivo e numero di reati denunciati¹⁰⁴ e relative condanne.

La denuncia dei fatti corruttivi, in particolare, si esprime in cifre assai modeste, sicché, nel nuovo quadro normativo disegnato dalla riforma “Bonafede”, si è deciso di puntare anche su un’innovativa causa di non punibilità riservata ai denunciati (art. 323-ter c.p.).

L’ascendenza di questo novello esercizio di ingegneria giuridica è evidente, avendo rimesso in onore una proposta coniata ai tempi di Tangentopoli, in seno al già richiamato Progetto di Cernobbio del 1994 (art. 10)¹⁰⁵. Nella sostanza, lo spartito suonato dal legislatore è quello consueto del “pentitismo”, del diritto premiale volto ad incoraggiare la respiscenza del correo, già esperito in svariati campi¹⁰⁶. In questo caso, però, pur di raggiungere l’agognata frattura del vincolo collusivo che avvince il corruttore al corrotto (o l’induttore all’indotto), si arriva addirittura a riconoscere l’impunità al “delatore” collaborante.

¹⁰² G. AMARELLI, *Le operazioni*, cit., p. 183.

¹⁰³ Tra le tante, *Vanyan v. Russia*, cit., § 46-47; *Khudobin v. Russia*, cit., § 135; *Ramanauskas v. Lithuania* (No. 2), cit., § 57.

¹⁰⁴ Come riporta G. MAROTTA, *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 115, 2017, p. 344, dati aggregati concernenti i delitti contro la p.a. denunciati dalle forze dell’ordine all’Autorità giudiziaria dal 2009 al 2013 rivelano che essi «non superano mai lo 0,055% del totale dei delitti denunciati». Inoltre, dai dati statistici disponibili per il periodo 2000-2011 si evince che le condanne per i reati di corruzione in generale «sono praticamente dimezzate, sia in valori assoluti sia per quanto alla percentuale sul totale delle condanne (da 0,24% del 2000 a 0,13% del 2011)». I dati più aggiornati del casellario giudiziale (periodo 2000-2016) confermano l’abbattimento delle sentenze definitive di condanna per corruzione *ex art.* 319 c.p., dalle 792 complessive del 2000 (corruzione semplice e aggravata) alle 162 del 2016 (il *trend* di forte decrescita era già iniziato nel 2003 con 247 condanne), o per istigazione alla corruzione (da 178 a 117 nel periodo considerato); sostanzialmente stabili, invece, le condanne per peculato, corruzione impropria e corruzione in atti giudiziari: informazioni tratte da ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 2017, p. 18. Nella stessa indagine trova conferma, inoltre, la scarsa propensione a denunciare le richieste di corruzione da parte dei privati (2,2% dei casi): *ivi*, p. 8.

¹⁰⁵ Non manca di rilevarlo anche M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 394.

¹⁰⁶ Lotta alla criminalità organizzata, al terrorismo, ai sequestri di persona a scopo estorsivo, al traffico di stupefacenti, ecc. Cfr., in tema, l’approfondita indagine monografica di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

Tale soluzione, com'è noto, è stata tradizionalmente osteggiata dalla prevalente dottrina¹⁰⁷, che sin dalla suddetta proposta di Cernobbio¹⁰⁸ ha paventato che – dietro l'apparenza di una denuncia genuina – potessero celarsi brame assai meno commendevoli, ma ha altresì dubitato della sua reale efficacia preventiva.

Ancora nel 2015 il legislatore si era fermato sulla soglia di questa nuova frontiera della premialità. Al termine di un lungo *iter* legislativo, sfociato poi nell'approvazione della legge n. 69, si decise di optare, più prudentemente, per una cospicua riduzione di pena (da un terzo a due terzi) per il collaborante¹⁰⁹. Fu dunque introdotta una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale, "estrinseca" giacché imperniata sulla condotta collaborativa *post delictum*, fruibile tanto dall'*intraneus* quanto dall'*extraneus* alla p.a. (art. 323-bis, comma 2, c.p.). L'obiettivo è invogliare condotte positive *post factum* in grado di contenere gli effetti dell'azione criminosa e di offrire elementi utili per l'accertamento del fatto criminoso ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite attraverso il reato¹¹⁰.

Tuttavia, nonostante l'abbattimento cospicuo di pena, la neonata attenuante si è sinora rivelata nella prassi assai poco attrattiva. Di conseguenza, sono nuovamente cresciute le quotazioni dell'opzione più arditata: la causa di non punibilità sopravvenuta del denunciante, che negli ultimi tempi aveva ricevuto crescente udienza nella letteratura specialistica¹¹¹ e di riflesso nelle sedi legislative. Lo stesso esaurirsi dell'impunità del concusso meramente indotto¹¹² che, prima della storica riforma del 2012, si era spesso tradotta in una surrettizia forma di premialità tesa a stimolare prove dichiarative a carico del pubblico agente, ha reso più pressante la richiesta di surrogati normativi in grado di agevolare il lavoro degli organi inquirenti.

¹⁰⁷ Tra i tanti, C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il Progetto anticorruzione di Mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2346; S. MOCCIA, *Il ritorno alla legalità*, cit., p. 465; G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, c. 3 s.; G. MARRA, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 1016 ss.; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 317 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1239 s. Sull'abuso di cause di non punibilità di tipo endo-processuale, anche in prospettiva premiale, v., più in generale, A. di MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 243 ss. In tema, più di recente, G. COCCO, [La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato](#), in questa *Rivista*, 26 marzo 2014.

¹⁰⁸ In quell'occasione, anche per temperare l'auspicata introduzione di una rigorosissima fattispecie onnicomprensiva di corruzione, fu ipotizzata proprio una causa di esenzione da pena del soggetto che avesse denunciato spontaneamente e per primo un episodio di corruzione entro 3 mesi dalla sua realizzazione e anteriormente all'iscrizione della *notitia criminis* a suo nome, fornendo indicazioni utili per l'individuazione degli altri responsabili. La non punibilità era altresì condizionata alla restituzione della tangente da parte del corrotto o di una somma equivalente a quella versata da parte del corruttore.

¹⁰⁹ Sul punto, ad es., A. GULLO, *Il contrasto alla corruzione tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente: brevi note*, in A. Castaldo (a cura di), *Il patto per la legalità*, Milano, 2017, p. 92 s.

¹¹⁰ Per i dettagli, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *Le riforme*, cit., p. 9 ss.

¹¹¹ Tra le voci più autorevoli, cfr. P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 286 ss.

¹¹² Cfr., ad es., M. CATENACCI, in Id. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2017, p. 111.

Così, un legislatore all'affannosa ricerca di rimedi taumaturgici alla piaga sociale della corruzione, e segnatamente al problema della solidarietà criminale che lega corrotto e corruttore, ha deciso di estrarre dal cassetto delle proposte riformistiche anche l'esimente di nuovo conio.

L'art. 323-ter c.p., innestato nel codice dalla l. n. 3/2019, dichiara non punibile chiunque (pubblico agente o privato), dopo aver commesso uno dei delitti espressamente indicati, lo denunci volontariamente rispettando le rigorose condizioni fissate dalla disposizione.

La legge non specifica il destinatario della denuncia, ma è plausibile ritenere che essa debba essere indirizzata all'autorità giudiziaria o altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne (argomento desumibile dall'art. 361 c.p.)¹¹³. Sarebbe stato preferibile chiarire questo aspetto, cruciale anche per valutare la tempestività della denuncia. Circa le sue forme di estrinsecazione, può farsi riferimento a quelle canonizzate dall'art. 333 c.p.p.¹¹⁴.

I delitti per i quali la fattispecie premiale può operare comprendono qualsiasi ipotesi di corruzione, inclusi i fatti di rilievo internazionale (art. 322-bis c.p.) e le fattispecie para-corruttive, come l'induzione indebita a dare o promettere utilità, nonché figure lesive della libera concorrenza nelle procedure contrattuali pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.). Trattandosi di istituto di favore, è ragionevole arguire che esso possa applicarsi altresì alle fattispecie tentate, purché approdate ad una dinamica concorsuale e quindi essenzialmente ad un inizio di trattativa (poi fallita)¹¹⁵. Ciò spiega, verosimilmente, la mancata menzione dell'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), che si sostanzia in condotte unilaterali¹¹⁶. Per le stesse ragioni, dalla sfera applicativa della norma, specularmente all'attenuante della collaborazione processuale, sono state escluse la concussione e il peculato, sicché pure il richiamo dell'art. 322-bis c.p. è limitato ai delitti di corruzione e d'induzione indebita. Ciò impedirà a concussori, istigatori o autori di peculato anche di denunciare – beneficiando della causa d'impunità – i nomi di eventuali concorrenti nel reato "proprio" da loro commesso. Meno comprensibile è perché il legislatore non abbia incluso nel catalogo in esame il reato a concorso necessario di traffico di influenze illecite.

¹¹³ In altri ordinamenti, come quello spagnolo (cfr. *infra* nel testo la causa di non punibilità prevista dall'art. 426 del *código penal*, secondo cui la denuncia va fatta all'autorità che ha *el deber de proceder a la averiguación* del fatto denunciato), l'espressione "autorità" impiegata nel precetto legislativo è stata talvolta intesa dalla giurisprudenza in senso particolarmente dilatato, comprensivo cioè di qualsiasi persona che sia titolare di qualche forma di potere o capacità di comando, incluso ad es. l'Ufficio comunale distrettuale, in un caso in cui il pagamento corruttivo era avvenuto per evitare il rilascio ritardato di una licenza (*Audiencia Provincial de Madrid*, sez. 23ª, n. 30/2006, 2-3). Parte della dottrina invece propende per un'interpretazione restrittiva limitata a giudici, pubblici ministeri e organi di polizia: v. A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, 2014, p. 229 ss., § 2.2.

¹¹⁴ Oralmente o per iscritto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale. Se è presentata per iscritto, deve essere sottoscritta dal denunciante o da un suo procuratore speciale.

¹¹⁵ Da ultimo, Cass., sez. VI, 4 agosto 2017, n. 38920, rv. 271037-01.

¹¹⁶ A tale figura di reato, però, può applicarsi la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-bis, comma 2, c.p.

Sulla scorta del dettato normativo, è irrilevante quale sia stato il soggetto a prendere l’iniziativa che occasiona il patto illecito. Alla causa di esclusione della punibilità può infatti accedere anche il pubblico agente, sia corruttore che induttore, alle stesse condizioni del privato¹¹⁷.

Per quanto concerne le *condizioni di operatività* dell’esimente, esse da un lato ne attestano l’eccezionalità e dall’altro puntano a contenere il rischio di strumentalizzazioni e distorsioni applicative, anche a presidio dell’efficacia generalpreventiva del precetto penale. L’intento è duplice: neutralizzare la locupletazione illecita e assicurare la tempestività e l’utilità probatoria della denuncia, sì da indiziarne altresì la spontaneità o il sincero ravvedimento (sebbene, come diremo a breve, la legge si accontenti della “volontarietà”), con evidenti implicazioni sul versante della finalità rieducativa della sanzione penale.

Per converso, questa griglia di limiti può assottigliare sensibilmente la resa applicativa dell’inedita figura.

Innanzitutto, la denuncia, deve essere “volontaria”. L’espressione non è inconciliabile con motivazioni almeno in parte opportunistiche¹¹⁸, ma presuppone comunque una scelta libera e non condizionata da fattori esterni; una decisione dunque in grado di segnalare anche un affievolimento delle esigenze specialpreventive.

Si intuisce, allora, perché il legislatore abbia espressamente condizionato l’esenzione da pena del denunciante alla mancata conoscenza di un’indagine a suo carico in relazione ai fatti rivelati.

Il secondo filtro temporale è ancora più selettivo: la denuncia deve avvenire entro 4 mesi dalla commissione dei fatti oggetto di denuncia.

Tra le due condizioni attinenti alla tempistica, sarà verosimilmente la seconda quella a maggiore impatto prasseologico, giacché nei rari casi di scoperta di un fatto corruttivo da parte delle autorità, ciò normalmente accadrà dopo svariati mesi, talvolta anni, dal suo compimento. Orbene, se la fissazione di un rigoroso termine di efficacia punta a prevenire l’uso strumentale dell’autodenuncia, resta ovviamente insondabile, dal punto di vista politico-criminale, lo specifico lasso di tempo concesso dal legislatore, in cui è possibile cogliere anche una nota, per così dire, di casualità¹¹⁹.

Fondamentale è poi l’adeguatezza probatoria del *self-reporting*: non basta che il denunciante confessi il proprio crimine, essendo necessario che fornisca *concretamente*,

¹¹⁷ Critica tale soluzione T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 8.

¹¹⁸ Condivisibilmente, D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione*, cit., p. 2, secondo cui “volontarietà” – diversamente da quanto accennato nella suddetta *Relazione* – non equivale a piena spontaneità o sincero ravvedimento. In effetti, può utilmente richiamarsi a questo proposito la giurisprudenza in materia di desistenza volontaria dal delitto, secondo cui la volontarietà non deve essere intesa come spontaneità, sicché la scelta di non proseguire nell’azione criminosa deve essere non necessitata, ma operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne che rendono irrealizzabile o troppo rischioso il proseguimento dell’azione criminosa: *ex multis*, Cass., sez. IV, 16 marzo 2018, n. 12240, rv. 272535-01.

¹¹⁹ Lo rivela pure la circostanza che il termine era fissato in 6 mesi nella versione originaria del d.d.l. Bonafede, in 3 mesi nel progetto di Cernobbio, in 2 mesi nell’analogo causa di non punibilità prevista dal codice penale spagnolo, ecc.

sempre nel termine di 4 mesi, indicazioni *utili* – non necessariamente “decisive”¹²⁰ – per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri («a rigore, tutti»¹²¹) responsabili. Pertanto, alla denuncia esonerante appartiene, accanto a un momento di confessione, un elemento di “delazione” collaborativa. Ovviamente le propalazioni accusatorie del collaborante, ai fini dell’affermazione di responsabilità dei chiamati in correità, richiederanno un approfondito scrutinio nel contraddittorio tra le parti e un riscontro individualizzante secondo i criteri consolidatisi nel formante giurisprudenziale¹²².

Al contempo, per evitare che la denuncia si risolva in un *escamotage* per procurarsi l’impunità e al contempo conservare il vantaggio tratto dal reato, si esige dal soggetto che intenda fruirne la messa a disposizione dell’utilità ottenuta o, in caso d’impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero che indichi elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo. Anche l’espressione “utilità percepita” si rivela ambigua, giacché pare ritagliata sul solo vantaggio (eventualmente) ottenuto dal pubblico agente. La questione nasce da un’inaccurata riformulazione del testo normativo nel corso dell’*iter* parlamentare, giacché nella versione originaria l’obbligo restitutorio era posto a carico soltanto del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio. Nel testo vigente, però, la disposizione di cui al comma 2 non fa distinzioni tra denuncianti, a seconda della veste pubblicistica ovvero privatistica, per cui sembra ragionevole interpretare tale espressione come corrispondente alla nozione di prezzo o profitto (provento) del reato¹²³.

Infine, la legge pone altre due preclusioni all’utilizzo in funzione esimente della condotta *post-delittuosa* in esame, del pari volte a preservarne la genuinità. La non punibilità è sbarrata quando la denuncia sia preordinata rispetto alla commissione del reato. In secondo luogo, essa non può divenire un espediente per aggirare i vincoli procedurali all’utilizzo legittimo delle operazioni sotto copertura ai sensi dell’art. 9 della l. n. 146/2006.

Questo, nei suoi tratti essenziali, è il regime della neonata causa di non punibilità.

Dal punto di vista dommatico, l’esimente è chiaramente di natura soggettiva, sicché – in base al principio di personalità – potrà avere effetto soltanto riguardo alla persona fisica a cui si riferisce (art. 119, comma 1, c.p.) e non anche ad eventuali concorrenti. Non esclude la colpevolezza per il fatto antigiuridico commesso, ma la punibilità, essenzialmente per considerazioni utilitaristiche: sradicare la corruzione facendola affiorare.

¹²⁰ Cfr., anche per utili informazioni sui lavori preparatori, 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.*, 5 marzo 2019, in www.magistraturaindipendente.it.

¹²¹ Così M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 397.

¹²² Cfr., in una giurisprudenza sterminata, tra le più recenti, Cass., sez. VI, 10 ottobre 2018, rv. 274151-01, secondo cui il riscontro alla chiamata in correità può dirsi individualizzante quando non consiste semplicemente nell’oggettiva conferma del fatto riferito dal chiamante, ma offre elementi che collegano il fatto stesso alla persona del chiamato, fornendo un preciso contributo dimostrativo dell’attribuzione a quest’ultimo del reato contestato; più in dettaglio, Id., 24 settembre 2018, n. 40899, rv. 274149-02.

¹²³ Diversamente, secondo F. ALVINO, *Collaborazione*, cit., della messa a disposizione dell’utilità percepita sarebbero onerati soltanto i pubblici agenti collaboranti, non i privati.

Essa, inoltre, è causa di esclusione della sola punibilità individuale: è inaccessibile all'ente collettivo responsabile *ex* d.lgs. n. 231/2001 e, ai sensi dell'art. 8 di tale decreto, l'esenzione da pena guadagnata dal membro interno non impedirà la prosecuzione del processo nei confronti della *societas*.

Sul piano della successione di leggi nel tempo, il nuovo istituto, attesa la sua natura sostanziale favorevole al reo, è suscettibile di applicazione retroattiva. Tuttavia, in assenza di una norma transitoria, ove si ritenga inderogabile il rispetto del termine di 4 mesi e lo si faccia decorrere dalla commissione del fatto, anziché dall'entrata in vigore della nuova disposizione, è di tutta evidenza come i margini della retroazione *in mitius* siano assai ristretti¹²⁴.

Quale giudizio politico-criminale possiamo azzardare su questo *novum* in apparenza dirompente? Quale, in particolare, la sua efficacia potenziale?

Un primo problema, come già adombrato, concerne la possibilità di *abusi*, a detrimento dei diritti e delle garanzie fondamentali del soggetto denunciato. Per quanto il legislatore si sia sforzato di prevenire un uso distorto della nuova causa di non punibilità, v'è sempre il rischio di offrire – almeno nei mesi immediatamente successivi alla consumazione del reato – «al corrotto o al corruttore una temibile “arma di persuasione” nei confronti del correo perché questi perseveri nel compimento di attività rientranti nel patto corruttivo”»¹²⁵.

L'esimente potrebbe essere inoltre strumentalizzata per colpire avversari politico-istituzionali, senza che sia agevole dimostrarne la preordinazione, in assenza di elementi indiziari corposi. A meno che si sia in un contesto di intercettazioni già attivate, tale eventualità si prospetta come la classica *probatio diabolica*.

Nelle aule giudiziarie, talvolta, la disponibilità di una *chance* d'impunità potrebbe essere piegata a schemi presuntivi contro chi abbia deciso di non avvalersene. Ad es. il titolare dell'azione penale potrebbe sostenere che colui che lamenta di essere stato vittima di una concussione sia in realtà un mero “indotto”, piegatosi alla pressione abusiva del funzionario pubblico anche per un proprio tornaconto personale, giacché altrimenti non avrebbe esitato a denunciare tempestivamente l'abuso costrittivo ingiustamente subito; mentre, se non l'ha fatto, è perché avrebbe dovuto restituire il profitto eventualmente conseguito (o conseguibile) nonostante la pressione abusiva.

Di contro, la norma sembra potere ovviare ad alcune incertezze applicative sorte in materia di induzione indebita, come quelle concernenti il pagamento effettuato dall'indotto con la *riserva mentale*¹²⁶.

¹²⁴ Conf. F. ALVINO, *Collaborazione*, cit.

¹²⁵ Su questo rischio, già G. FIANDACA, *Legge penale*, cit., c. 3.

¹²⁶ *De lege lata*, infatti, dalla posizione assunta dalla giurisprudenza – secondo cui la riserva mentale di non adempiere da parte dell'indotto che abbia promesso l'indebito, ovvero l'intendimento di sollecitare l'intervento della polizia giudiziaria affinché la dazione avvenga sotto il suo controllo, non escludono la consumazione del reato (Cass., sez. VI, 15 giugno 2018, n. 27723, rv. 273393-01; Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, rv. 254541-01; *contra* nel senso di ravvisare un tentativo di induzione indebita con relativa non punibilità del soggetto privato, Cass., 2 agosto 2018, n. 37589, inedita) – dovrebbe evincersi anche in questi casi la punibilità dell'*extraneus* che abbia effettuato la promessa senza alcuna volontà di mantenerla. Tuttavia, grazie

In secondo luogo, anche a tacere dei dubbi morali e dell'indebolimento della funzione generalpreventiva dell'ordinamento che la nuova esimente potrebbe ingenerare, non fosse altro che per le minori remore provocate da una *chance* di impunità postuma, neppure può escludersi un effetto criminogeno. Introdotta per scoraggiare pratiche di mercimonio generando un clima di perenne insicurezza in merito all'"affidabilità" della controparte e alla solidità nel tempo del *pactum sceleris*, essa potrebbe tutt'al contrario fomentare reti corruttive sistemiche, relazioni criminali stabili e comitati affaristici cementati da solidi legami fiduciari. Difatti, il timore di subire dal correo la denuncia di illeciti pregressi in caso di rottura dell'alleanza corruttiva potrebbe indurre le parti a perpetuarla nel tempo. L'insidia che si profila, dunque, è far proliferare le tipologie di corruzione più temute e la cui eradicazione rappresenta l'impulso più veemente della deriva emergenziale conosciuta dalla legislazione in materia.

Per giunta, possono nutrirsi seri dubbi anche sulla reale capacità dell'esimente di riuscire a portare alla luce fenomeni corruttivi diffusi¹²⁷.

Innanzitutto, appare scarsamente plausibile una denuncia volontaria antecedente all'acquisita consapevolezza di indagini già avviate, specie nel caso della *grand corruption*. Si pensi alle onerose tangenti corrisposte per ottenere appalti di importo ingente. Non si vede perché, ad es., l'imprenditore che sia riuscito a stipulare un accordo illecito particolarmente vantaggioso, con tutti i rischi e costi che normalmente ne discendono, possa poi avere interesse a farlo naufragare.

Inoltre, il termine concesso per la denuncia (4 mesi dalla commissione del fatto) può certo comprendersi nella misura in cui punta «a non trascinare a lungo incertezze sulla situazione e [a] precludere ai protagonisti l'occasione di ulteriori manovre più o meno confessabili»¹²⁸. Nella sua angustia temporale, però, esso finisce per privare di senso l'altro requisito negativo, concernente il mancato inizio o comunque la mancata consapevolezza di indagini in relazione ai fatti denunciati. È piuttosto inverosimile – salvo casi di preordinazione della denuncia (*ex se* invalidanti, ma come detto difficili da dimostrare) – che la disponibilità del reo a tornare sui propri passi maturi in un sì ridotto lasso di tempo, per cui la norma pare affetta da una vocazione genetica alla disapplicazione.

Certo può sempre accadere che qualcosa vada storto e che l'imprenditore che abbia promesso/dato a un funzionario pubblico una tangente per ottenere un appalto poi aggiudicato a terzi possa essere mosso a denunciarlo per mera ritorsione¹²⁹. Ma anche in casi di questo spessore – peraltro piuttosto implausibili nel mondo reale – il privato corruttore potrebbe mostrarsi restio a sacrificare la propria immagine negli insidiosi tornanti della giustizia penale.

In effetti, la respiscenza, pure quando sia astrattamente idonea ad assicurare l'impunità, non è mai a "costo zero". Comporta sempre ripercussioni reputazionali

all'istituto di nuovo conio, l'indotto che abbia promesso l'indebito al mero scopo di sottrarsi alla pressione abusiva del pubblico agente, potrà immediatamente dopo denunciare il fatto andando esente da pena.

¹²⁷ Forti perplessità, dello stesso tenore, in M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 399.

¹²⁸ M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 397.

¹²⁹ Per questo caso, prospettato con toni preoccupati, v. A. MANNA – A. GAITO, *L'estate sta finendo*, cit., p. 6.

elevate: per un privato e *a fortiori* per un pubblico agente. Può causare costi economici cospicui, ad es. la fuoriuscita definitiva di un'impresa da un mercato profondamente collusivo. Può persino avere costi penali inattesi, giacché i soggetti bollati come corresponsabili – specie in contesti di corruzione pervasiva o sistemica – potrebbero vendicarsi tirando in ballo il denunciante per altri fatti criminosi, giovandosi a loro volta dello schermo protettivo dell'art. 323-bis c.p. L'ipotesi non è peregrina, anche perché il disposto interno non condiziona – diversamente da altri ordinamenti – l'efficacia esimente della denuncia all'occasionalità del fatto riferito. L'effetto cumulativo potrebbe essere, dunque, una spirale incontrollata di denunce reciproche o a catena.

Dinamiche conflittuali di questo tipo potrebbero insorgere, inoltre, tra l'individuo denunciante e la *societas* per conto della quale egli operi. Riportando il reato alle autorità, l'autore fisico potrebbe addebitare il fatto – esplicitamente o implicitamente – anche al soggetto “collettivo” per cui opera, compromettendo la sua sorte processuale. Quest'ultimo, in simili contingenze, avrà a sua volta interesse a scaricare ogni responsabilità sull'autore della denuncia, eventualmente imputandogli altre vicende illecite scoperte mediante investigazioni interne.

Inoltre, al di là dei casi di falsa incolpazione suscettibili di essere puniti a titolo di calunnia, v'è sempre il pericolo che la denuncia possa essere ritenuta inefficace dall'autorità giudiziaria, perché involontaria, preordinata, inutile o intempestiva. In questi casi neanche la norma sull'erronea supposizione di cui all'art. 59, comma 4, c.p. potrà venire in soccorso del proपालante, essendo in gioco una causa di non punibilità in senso stretto e non una causa di giustificazione. I rischi di inoperatività della esimente in discorso sono dunque numerosi, per le molte incertezze a cui è esposta nel suo vissuto esperienziale e comunque insite nel dettato normativo.

Basti considerare che l'utilità delle informazioni fornite all'autorità è, evidentemente, *ex ante* ignota al denunciante, giacché dipendente dalla disponibilità e dalla consistenza degli elementi disponibili e delle fonti di prova già escuse o identificate dall'autorità giudiziaria.

Circa la tempestività della denuncia, è dubbio se il *dies a quo* del termine di 4 mesi debba essere fatto decorrere dall'accordo illecito (già di per sé sufficiente al perfezionamento del reato) o possa slittare al versamento della tangente o della sua ultima rata, secondo lo schema del reato a consumazione prolungata, ampiamente sfruttato dalla giurisprudenza per procrastinare la prescrizione. La seconda soluzione ermeneutica appare comunque quella più plausibile, giacché è la dazione (o l'ultimo versamento) a segnare il momento finale di approfondimento dell'offesa al bene protetto.

Pure l'espressione «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione» ai fatti denunciati è gravata da non poche ombre. Dal dettato normativo si evince che la denuncia possa essere presentata anche dopo l'iscrizione della *notitia criminis* nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. a nome del denunciante, purché questi non ne sia ancora venuto a conoscenza, per comunicazione formale o per altra via. Quindi, potrebbe accadere che l'iniziale notizia criminosa non provenga dall'atto di denuncia: condizione imprescindibile è che apporti elementi probatori nuovi e significativi.

È altresì pacifico che la notizia dell'avvio di un *iter* investigativo in grado di precludere una denuncia esimente sia solo quella concernente indagini “nei suoi confronti”, e non nei riguardi di terzi (incluso l'eventuale ente di appartenenza del reo, a cui l'illecito *ex crimine* sia stato eventualmente contestato ai sensi dell'art. 59 del d.lgs. n. 231/2001) o di ignoti.

Tuttavia, è noto che secondo parte della giurisprudenza la durata massima delle indagini preliminari vada stabilita con riferimento alla data in cui il pubblico ministero abbia effettivamente iscritto la notizia di reato nell'apposito registro e non dalla data in cui avrebbe dovuto iscriverla (“immediatamente” dopo la sua acquisizione, secondo l'art. 335 c.p.p.)¹³⁰. Sorge allora il dubbio se l'effettiva conoscenza di indagini in corso da parte del possibile denunciante presupponga l'avvenuta formale iscrizione del suo nominativo nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., ovvero la mera acquisizione da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria della *notitia criminis* a suo carico. Aderendo a quest'ultima – meno tassativa – opzione, si annetterebbe rilievo all'esistenza di un fattore condizionante esterno in grado di screditare la volontarietà della denuncia.

Altro dilemma: la fonte della conoscenza dell'inizio delle indagini può essere anche informale o solo formale ancorché non necessariamente indirizzata al denunciante? La *littera legis* fa propendere per la prima soluzione ermeneutica, ma è evidente come non sia agevole dimostrare il momento di effettiva cognizione di indagini in corso al di fuori di canali ufficiali, come potrebbero essere notizie di giornali, meri *rumors*, rivelazioni illecite, ecc.

Tutto quanto precede non lascia presagire un grande futuro applicativo per la causa di non punibilità in esame, probabilmente caricata di aspettative eccessive.

Le esperienze di altri ordinamenti portano ulteriori argomenti a questo presentimento. Ad esempio, il codice penale spagnolo del 1995 annovera un'analogia causa personale di esenzione da pena¹³¹, che soggiace però a limiti diversi rispetto a quella interna: è invocabile solo dal privato corruttore, sicché i pubblici ufficiali corrotti non possono giovarsene¹³²; il privato deve aver agito occasionalmente (quindi non abitualmente¹³³); deve essersi limitato ad aderire alla sollecitazione di un pubblico

¹³⁰ *Ex multis*, Cass., sez. V, 7 ottobre 1999, n. 11441, rv. 214866-01; Id., 4 giugno 2008, n. 22340, rv. 240491-01. Su questa posizione, in senso critico, v. D. SIRACUSANO et al., *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 2011, p. 33.

¹³¹ Si discute intorno alla natura giuridica dell'esenzione in esame: “excusa absolutoria” (J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Cohecho*, in F.J., Álvarez García (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. III: *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013, p. 438; Tribunal Supremo, sentt. nn. 876/1997 e 842/2006); causa di esenzione da pena per una condotta positiva (P. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Madrid, 2000, p. 242); causa di esclusione della punibilità (I. VALEJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1995, p. 264).

¹³² Loda questa scelta, A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias*, loc. cit., secondo cui dal funzionario pubblico «deve esigersi più che dal privato, non dovendo essere esonerato da pena per il fatto di essersi lasciato “comprare” da un privato, quale che sia la sua capacità corruttiva». Tra le ragioni giustificative di questa soluzione normativa intravediamo pure l'assenza in Spagna di una figura criminosa analoga alla concussione italiana, sicché l'esimente consente di mandare esente da pena anche il privato che abbia ceduto alla richiesta indebita al solo fine di evitare conseguenze pregiudizievoli per i suoi interessi.

¹³³ Non è chiaro, però, quando la condotta possa dirsi occasionale anziché abituale.

agente, non potendo essere dispensato dalla pena in caso di offerta indebita; deve effettuare la denuncia prima dell'apertura del procedimento¹³⁴ (a prescindere dalla sua conoscenza) e prima che siano trascorsi 2 mesi (e non 4 mesi come in Italia) dal momento dei fatti (cfr. art. 426 c.p., originariamente art. 427 c.p.). Al riguardo, la dottrina spagnola ci informa che tale causa di non punibilità ha generato più questioni interpretative che ricadute pratiche, le quali sono rimaste modestissime¹³⁵ anche dopo l'intervento di una novella del 2010 per elevare il termine di effettuazione della denuncia da 10 giorni a 2 mesi.

Se l'efficacia preventiva della nuova esimente è a dire il meno incerta, ci sembra invece abbastanza sicuro il profilarsi di attriti con le fonti internazionali, in particolare con quelle votate al contrasto alla corruzione internazionale. Il *Working Group on Bribery* (WGB), istituito dall'OCSE per garantire il rispetto della Convenzione del 18 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, ha reiteratamente esternato le sue riserve nei confronti degli ordinamenti nazionali che offrono il riparo dell'impunità in caso di "effettiva resipiscenza" o "pentimento reale" (*effective regret*) dell'*extraneus* corruttore; ovviamente, senza addentrarsi nel merito delle soluzioni adottate dai singoli Stati contraenti nel campo della corruzione domestica. E proprio i *report* del WGB hanno indotto molti Paesi sottoscrittori della Convenzione ad abrogare simili previsioni premiali, *in toto* o limitatamente alla corruzione extradomestica¹³⁶.

La ragione di tali rilievi è agevole da cogliere. Le politiche di contrasto dell'*international bribery*, elaborate in sede OCSE, sono polarizzate esclusivamente sull'*offer side* della corruzione, cioè sulle condotte del privato corruttore (cfr. art. 1 Convenzione OCSE). Tuttora, quindi, anche dopo l'ultima novella, il nostro art. 322-*bis* c.p., nella parte concernente la corruzione di funzionari di Stati extra-UE, limita la punibilità all'estraneo alla p.a., corruttore o indotto (comma 2, n. 2). Ebbene, nel caso di specie svaniscono i vantaggi probatorio-processuali legati alla denuncia e alla conseguente cooperazione dell'*extraneus* con le autorità inquirenti, giacché non v'è alcuna garanzia che il pubblico agente straniero venga perseguito dalle autorità locali, specie laddove la fenomenologia corruttiva presenti caratteri di endemicità e siano implicate alte sfere politico-amministrative o persino Capi di Stato e di Governo esteri.

6. La marginalizzazione dell'ideale rieducativo e gli eccessi punitivi della filosofia emergenziale.

Il secondo pilastro della novella anticorruzione è rappresentato dai radicali inasprimenti del trattamento sanzionatorio, che esaltano in chiave marcatamente afflittiva la "specialità" dello statuto penale della pubblica amministrazione.

¹³⁴ È dubbio se l'espressione debba intendersi nel senso di procedimento "giudiziale".

¹³⁵ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *La natura giuridica del divieto agli enti collettivi di contrattare con il settore pubblico in caso di corruzione attiva* (art. 434.4 c.p. spagnolo), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2018, n. 2, p. 253.

¹³⁶ *Amplius*, sul punto, V. MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 549-552.

«Raggiunto il colmo della reclusione almeno teoricamente sostenibile»¹³⁷, l'ambito privilegiato di questa rinnovata temperie repressiva sono le pene accessorie applicabili alle persone fisiche per i principali delitti contro la p.a. Lo rivelano le modifiche normative tese, da un lato, ad allungarne la durata e, dall'altro, a presidiarne l'effettività in caso di sospensione condizionale, patteggiamento o a seguito di riabilitazione del condannato.

Analogo disegno è stato replicato nei riguardi dei soggetti collettivi, come rivela l'indurimento delle sanzioni interdittive irrogabili ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

La ricerca di una straordinaria severità dell'apparato punitivo ha investito anche la sanzione detentiva inflitta dal giudice della cognizione. In questo caso, però, la novità più dirompente è rappresentata dall'estensione ai corrotti e ai corruttori del regime carcerario differenziato preveduto dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario.

Completa il quadro l'effetto moltiplicatore delle conseguenze patrimoniali prodotto dalla sanzione accessoria della riparazione pecuniaria *ex art. 322-quater c.p.*, introdotta nel 2015, e la cui disciplina ora è stata ulteriormente rafforzata.

6.1. *L'inasprimento delle pene accessorie individuali.*

Procediamo con ordine, cominciando dai molteplici adattamenti del regime delle *pene accessorie individuali*.

a) Il primo fronte attiene all'*interdizione dai pubblici uffici* e all'*incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*, comminate dall'art. 317-bis c.p.

Tale disposizione speciale non è nuova. Fu introdotta dalla legge n. 86/1990¹³⁸, che peraltro si limitò a riprodurre il dettato dell'art. 314, comma 2, c.p., a sua volta richiamato dall'art. 317, comma 2, c.p., nella sua formulazione codicistica originaria. L'art. 317-bis c.p., nella versione iniziale, si limitava a prevedere, in deroga alle previsioni generali degli artt. 28 e 29 c.p., l'*interdizione perpetua dai pubblici uffici* per i soli delitti di peculato e concussione. La l. n. 190/2012 aggiunse le fattispecie di corruzione propria e corruzione in atti giudiziari.

L'ultima novella ha notevolmente ampliato il raggio applicativo della norma in quattro diverse direzioni.

La sua *estensione soggettiva* ora abbraccia anche gli incaricati di un pubblico servizio (art. 320 c.p.) e i privati corruttori (art. 321 c.p.).

Il *novero delle fattispecie rilevanti* è stato integrato con i delitti di corruzione per l'esercizio delle funzioni¹³⁹, induzione indebita a dare o promettere utilità (ma nella sola

¹³⁷ M. ROMANO, *Premessa a I delitti*, cit.

¹³⁸ Cfr. S. SEMINARA, sub *art. 317-bis c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., a cura di G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, Padova, 2017, p. 1.

¹³⁹ Nell'elenco è stata inclusa, altresì, la corruzione per atto contrario aggravata ai sensi dell'art. 319-bis c.p.

ipotesi di cui al comma 1, realizzabile dal pubblico agente), istigazione alla corruzione, corruzione internazionale e traffico di influenze illecite¹⁴⁰.

L'*incapacità di contrattare con la p.a.* – prima prevista solo dalla norma di parte generale di cui all'art. 32-*quater* c.p. – è stata affiancata all'interdizione dai pubblici uffici quale effetto penale della condanna per i delitti richiamati dall'art. 317-*bis* c.p.

Ma la modifica più appariscente concerne l'aumento "clamoroso"¹⁴¹ della *durata* delle pene accessorie.

I casi in cui le due predette forme d'incapacitazione giuridica operano per un arco temporale indefinito sono stati estesi a tutte le condanne alla reclusione superiore a 2 anni¹⁴², purché non ricorra la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-*bis*, comma 1, c.p. (particolare tenuità del fatto). È fatta salva – per quanto concerne l'incapacità in perpetuo di contrattare con la p.a. – la possibilità di ottenere le prestazioni di un pubblico servizio.

In tutte le altre ipotesi, vale a dire reclusione non superiore a due anni o fatto di particolare tenuità, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei. La durata della privazione è stata però portata a un minimo di 5 e a un massimo di 7 anni, in deroga alle disposizioni generali – prima implicitamente richiamate dall'art. 317-*bis* c.p. – che fissano i limiti di durata in 1/5 anni (artt. 28, comma 4 e 32-*ter*, comma 2, c.p.). Tale forbice minore ora potrà trovare applicazione solo nel caso di collaborazione processuale *ex art. 323-bis*, comma 2, c.p. (così l'art. 317-*bis*, comma 2, c.p.).

Riassumendo: sono cresciuti sia i casi di interdizione accessoria perpetua sia la durata della corrispondente misura temporanea, viepiù sganciata dall'entità della pena principale. Il rigore repressivo è per giunta amplificato dall'attuale gravosità della comminatoria edittale concernente la maggior parte dei delitti contro la p.a., che assottiglia sensibilmente le *chances* di condanna a una pena detentiva inferiore a 2 anni e trova conferma nell'assai poco selettiva scelta dei nuovi delitti inseriti nell'art. 317-*bis* c.p. Se l'innesto dell'induzione indebita del pubblico agente (delitto punito, nel massimo, con pena superiore alla corruzione propria) sana una stortura del regime scaturente dalla riforma del 2012, l'inclusione della corruzione per l'esercizio delle funzioni e soprattutto del traffico di influenze illecite suscita non poche perplessità dall'angolazione della proporzione¹⁴³.

Tale severità riverbera i suoi effetti anche sulla fase cautelare del procedimento, giacché la novella del 2019 ha altresì introdotto il *divieto di contrattare con la pubblica amministrazione* quale ulteriore misura interdittiva applicabile prima della condanna,

¹⁴⁰ Correlativamente, è stato integrato il catalogo dei reati per i quali la condanna importa l'incapacità temporanea di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-*quater* c.p.): già prevista per i delitti di concussione, induzione indebita, corruzione domestica e internazionale, istigazione alla corruzione, ecc., tale pena accessoria si applica ora anche ai delitti di peculato ordinario (art. 314, comma 1, c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.) e traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.).

¹⁴¹ L'aggettivazione è di M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 141.

¹⁴² Nella precedente versione della norma, il limite di pena irrogata per beneficiare della disciplina più favorevole era invece di 3 anni.

¹⁴³ Perplessità che invero si aggiungono alla preesistente inclusione nel catalogo del peculato d'uso, quale fattispecie di medio-bassa gravità: cfr. ad es. M. ROMANO, *I delitti*, cit., 3^a ed., 2013, 127 s.

senza necessità di attenersi ai limiti di pena previsti dall'art. 287, comma 1, c.p.p. (nuovo art. 289-bis c.p.p.)¹⁴⁴.

b) Il legislatore, in secondo luogo, ha inteso enfatizzare la capacità afflittiva e neutralizzatrice¹⁴⁵ delle pene accessorie pure in caso di sospensione condizionale della pena e, sul piano processuale, di applicazione della pena su richiesta delle parti. In queste situazioni, ribaltando assetti di disciplina stabiliti sin dall'inizio degli anni novanta, la sorte della pena accessoria viene sottratta a qualsiasi automatismo ed interamente affidata all'apprezzamento giudiziale.

Così, in relazione ai medesimi delitti per i quali è stato irrigidito il regime delle pene accessorie, si demanda alla valutazione discrezionale del giudice l'eventuale estensione della *sospensione condizionale* anche alle conseguenze interdittive (cfr. il nuovo periodo aggiunto al comma 1 dell'art. 166 c.p.). La legge però non ha dettato alcun criterio a cui l'organo giudicante debba attenersi. Sicuramente, esso non potrà essere ravvisato nel pericolo di ricaduta nell'illecito, posto che la sospensione della pena principale – per principio generale (art. 164, comma 1, c.p.) – presuppone una prognosi favorevole di pericolosità¹⁴⁶.

La stessa logica s'irradia sull'istituto processuale del *patteggiamento*. Il nuovo comma 1-ter dell'art. 445 c.p.p. affida al giudice la scelta se applicare le pene previste dall'art. 317-bis c.p. anche nei casi di condanna a pena detentiva che non superi i 2 anni soli o congiunti a pena pecuniaria. Svanendo uno dei benefici prima ottenibili attraverso il patteggiamento c.d. semplice, vale a dire la non applicabilità *ex lege* delle pene accessorie, si rischia di scoraggiare l'accesso al rito semplificato e depotenziarne l'efficacia deflattiva.

Per converso, in un recente parere del CSM si è paventato un risvolto paradossale della riforma concernente le ipotesi di condanna a pena carceraria superiore a 2 anni. In questo caso «le modifiche introdotte rischiano di determinare condizioni di maggior vantaggio per l'imputato», in quanto «la formulazione della norma, che richiama specificamente e senza limitazioni di pena i citati delitti contro la p.a., rende possibile un'interpretazione che includa nel suo ambito di operatività non solo il caso del patteggiamento a pena contenuta nei due anni, non sospensibile per precedenti ostativi, ma anche le ipotesi di patteggiamento a pena superiore a due anni di reclusione»¹⁴⁷. Tale distonia è forse superabile in via interpretativa, appellandosi al principio generale dell'applicazione cogente delle pene accessorie in caso di patteggiamento a pena superiore a 2 anni di reclusione? Così opinando, però, si corre il pericolo di violare *contra*

¹⁴⁴ Quest'innovazione recepisce una proposta formulata nel corso dei lavori parlamentari dal Procuratore Nazionale Antimafia.

¹⁴⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Padova, 2001, p. 781, che in questi termini descrive le misure interdittive. Sulla funzione marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa propria delle pene accessorie (in quanto finalizzate ad impedire al condannato «quelle attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati»), cfr., da ultimo, anche Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, rel. Viganò. In tema, si v. l'indagine monografica di A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008.

¹⁴⁶ Cfr. CSM, *Parere sul testo del disegno di legge AC 1189*, Pratica num. 39/PA/2018, 19 dicembre 2018, p. 17.

¹⁴⁷ CSM, *Parere*, cit., p. 17 s.

reum il divieto di analogia in materia penale. Onde sembra più corretto attenersi alla lettera della legge, con il conseguente profilarsi di un regime a geometria variabile che, raffrontato al disposto comune, finisce per rendere il patteggiamento meno redditizio di prima per le condanne inferiori a 2 anni di reclusione e più allettante per le condanne a pena superiore.

Resta da stabilire quale sarà la sorte delle pene accessorie comminate, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 445, comma 2, c.p.p. In assenza di contrarie indicazioni letterali, deve ritenersi a nostro avviso che gli effetti estintivi ivi sanciti si estenderanno alle sanzioni in discorso, quali effetti penali della condanna *ex art. 20 c.p.*

c) L'intento di sterilizzare gli effetti delle cause estintive sulle pene accessorie indeterminate (non solo quelle di cui all'art. 317-*bis* c.p.) non ha risparmiato neppure gli istituti dell'affidamento in prova al servizio sociale e della riabilitazione.

Quanto all'*affidamento in prova*, con una modifica di dubbia costituzionalità¹⁴⁸ dell'art. 47, comma 12, primo periodo, l. n. 354/1975, si è sancito che l'esito positivo della misura estingue gli effetti penali della condanna ad esclusione delle pene accessorie perpetue.

Nella stessa vena, giusta il nuovo comma 7 aggiunto all'art. 179 c.p., l'istituto della *riabilitazione* «non produce effetti» (soltanto) sulle pene accessorie perpetue¹⁴⁹.

Quest'ultima norma impatta, indirettamente, anche sul regime dei motivi di esclusione (obbligatoria) degli operatori economici dalla partecipazione a procedure d'appalto e di concessione, per come individuati dal nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 80). Tale disciplina è stata profondamente rimaneggiata per dare attuazione alle direttive europee 2014/23/UE e 2014/24/UE¹⁵⁰, che pure grande rilievo hanno attribuito al divieto di contrattare con la p.a. quale strumento di contrasto alla criminalità che può inquinare concessioni e appalti pubblici. Tra le cause di esclusione, la legge interna non manca di annoverare la condanna definitiva per i principali delitti contro la p.a., inclusi quelli menzionati dall'art. 317-*bis* c.p. (ad eccezione del peculato). Tuttavia, mentre per la disposizione amministrativa l'impresa individuale o la società a cui appartenga – ad es. – il titolare o un soggetto apicale¹⁵¹ attinto dalla condanna andrà esclusa finché non intervenga la riabilitazione (art. 80, comma 3), quest'ultima, secondo il rinnovato art. 179 c.p., non estingue la corrispondente sanzione accessoria perpetua prevista dalla norma penale.

Ad ogni modo, il legislatore del 2019 non è rimasto del tutto insensibile all'esigenza di scongiurare un *sine die* in manifesto attrito con la finalità rieducativa delle pene. Ha così lasciato aperto uno spiraglio al maturare dell'effetto estintivo, esigendo

¹⁴⁸ Similmente, M. GAMBARDILLA, *Il grande assente*, cit., p. 52.

¹⁴⁹ Di contro, ai sensi del disposto generale di cui all'art. 178 c.p.: «La riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti».

¹⁵⁰ A queste va aggiunta la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

¹⁵¹ Ai sensi del comma 3 dell'art. 80, «l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata».

però il trascorrere di ulteriori 7 anni¹⁵² dalla riabilitazione, nei quali il condannato dovrà dare «prove effettive e costanti di buona condotta», che compete sempre al tribunale di sorveglianza valutare¹⁵³. La previsione di un'autonoma procedura estintiva, in luogo del prolungamento dei presupposti temporali della riabilitazione (come già accade per recidivi e delinquenti abituali *et similia*: cfr. capoversi dell'art. 179 c.p.), punta a confinare alle sanzioni accessorie l'incidenza del regime derogatorio, lasciando indenni gli altri effetti penali della condanna. Ad ogni modo, dall'esecuzione della pena principale dovranno trascorrere, nella migliore delle ipotesi, almeno 10 anni perché l'estinzione della pena accessoria perpetua possa perfezionarsi.

La rimodulazione del regime delle pene accessorie a valenza interdittiva, sin qui esaminata, se non arriva a convalidare sul piano tecnico-giuridico l'uso "promozionale" dell'espressione "Daspo ai corruttori"¹⁵⁴, colloca nondimeno questi strumenti punitivi al centro dell'arsenale rivolto contro i fatti di corruzione e quelli strettamente afferenti.

Deve riconoscersi che questa operazione s'inserisce in un *trend* di tesaurizzazione delle sanzioni interdittive che non inizia con la legge n. 3/2019 e che riflette dinamiche non solo interne ma – anche in questo campo – europee e internazionali.

Ad esempio, nella non lontana Spagna, un analogo fenomeno di «esasperazione della risposta sanzionatoria in tema di corruzione» non ha mancato di sprigionarsi – con le leggi organiche del 2010 e 2015 – pure sulle pene privative di diritti come le "inabilitazioni speciali" per fatti corruttivi¹⁵⁵.

Ad attirare – in Italia e altrove – l'interesse della dottrina e dello stesso legislatore per questi strumenti repressivi è soprattutto l'immediata utilità dissuasivo-impeditiva che sono in grado di assicurare soprattutto nel contrasto a forme di criminalità professionale/impresoriale, rispetto alle quali è più agevole stabilire nessi precisi tra caratteristiche strutturali del reato commesso e contenuto delle "privazioni" inferte al reo¹⁵⁶.

¹⁵² Nella versione originaria del d.d.l. si richiedeva il trascorrere di 12 anni.

¹⁵³ Di riflesso è stato integrato anche l'art. 683 c.p.p. in tema di procedimento di riabilitazione, assegnando al tribunale di sorveglianza la competenza di dichiarare l'estinzione della pena accessoria nel caso di cui all'art. 179, ult. comma, c.p.

¹⁵⁴ Il "vero" Daspo è infatti una misura amministrativa, non giurisdizionale penale, applicata in occasione di manifestazioni sportive, ai sensi della l. n. 401/1989.

¹⁵⁵ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *La natura giuridica*, cit., 253, che nota come «il legislatore spagnolo non si autolimita mai al momento di stabilire l'ammontare dei minimi e dei massimi delle pene privative di diritti, come se i requisiti di proporzionalità e gravità della pena fossero importanti solo in relazione alle pene privative della libertà [...]». L'Autrice, in questo contributo, si concentra sull'inabilitazione speciale ad ottenere sovvenzioni o aiuti pubblici, a contrattare con la p.a. e a godere di benefici o incentivi fiscali e della sicurezza sociale per una durata da 5 a 10 anni, che ai sensi dell'art. 424, comma 3, c.p. deve essere disposta a carico del privato ed eventualmente della società od organizzazione da lui rappresentata nel caso di prestazioni corruttive concernenti un procedimento di appalto, sovvenzione o asta pubblica. Tale misura è stata introdotta con la *ley orgánica* 5/2010 che prevedeva una durata da 3 a 7 anni, mentre la *ley orgánica* 1/2015 ha elevato tali limiti nel modo sopra indicato, così come ha fatto per altre inabilitazioni speciali (ad es. l'interdizione dai pubblici uffici nel caso di corruzione propria passiva – art. 419 c.p., elevata a 9/12 anni). Diversamente, le pene detentive per i fatti di corruzione sono allo stato sensibilmente più elevate in Italia che in Spagna.

¹⁵⁶ Cfr., al riguardo, A. BERNARDI, *Società commerciali e sistema sanzionatorio: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 19 s.; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, spec. p. 172 ss., 317 ss. e 454 ss., di cui

Proprio il settore dei reati contro la p.a. appare da tempo paradigmatico di questa spiccata vocazione alla repressione mediante interdizione¹⁵⁷, quindi attraverso sanzioni che, oltre a emanare una carica afflittiva che in molti casi può sovrastare quella insita nella stessa pena principale, sono in grado di espletare molteplici funzioni. Nel caso di specie, appare preminente quella di prevenzione speciale mediante impedimento della reiterazione di reati. Nondimeno, è presente anche la prevenzione generale negativa verso la collettività che – specie nei casi d’incapacitazione perpetua – viene indirettamente ammonita dalla “lezione esemplare” data al reo. Un ultimo effetto può essere ravvisato nella stigmatizzazione sociale del condannato, in linea con la derivazione storica delle pene accessorie da quelle “infamanti”¹⁵⁸. Basti considerare, sotto quest’ultimo profilo, che l’interdizione perpetua dai pubblici uffici, con le sue componenti dequalificanti – ad es. perdita del diritto di elettorato o di eleggibilità, o dei gradi e dignità accademiche – ora si applica pure ai privati corruttori o venditori di influenza, quindi a soggetti che non hanno abusato di poteri o funzioni pubblicistiche, attesa la loro estraneità alla pubblica amministrazione.

L’obbiettivo ultimo delle pene accessorie comminate dal riformato art. 317-*bis* c.p. è dunque squalificare il reo che – in qualità di *intraneus* o *extraneus* – trasgredisca in modo grave i principi di correttezza e trasparenza dell’attività amministrativa. Egli viene così marchiato come “indegno” di proseguire certe attività, anche per un lungo lasso di tempo successivo alla riabilitazione, qualora la condanna rechi con sé l’interdizione perpetua.

Per queste ragioni, le forti perplessità che suscita l’intervento novativo del 2019 non riguardano tanto la valorizzazione delle pene interdittive in sé, quanto la tecnica legislativa impiegata dal legislatore e l’uso iperbolico e in larga parte forzoso che si va profilando di tali congegni.

si vedano, però, anche le ampie riserve sull’opportunità di elevare le pene interdittive a pene principali. Forti dubbi sulla temibilità delle pene interdittive proprio nel settore del diritto penale dell’economia ha sollevato in passato un altro settore dottrinale: cfr., per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 815.

¹⁵⁷ Oltre all’art. 317-*bis* c.p., introdotto dalla l. n. 86/1990, basti ricordare gli artt. 32-*bis* e 35-*bis* c.p., inseriti rispettivamente dagli artt. 120 e 123 della l. n. 689/1981 e poi integrati dalla l. n. 262/2005, nonché gli artt. 32-*ter* c.p., introdotto dall’art. 120 l. n. 689 cit., e 32-*quinquies* c.p., aggiunto dalla l. 27 marzo 2001, n. 97, che disciplina i casi nei quali l’estinzione del rapporto di lavoro o di impiego consegue alla condanna per i delitti di peculato, concussione, corruzione per l’esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio, corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere utilità, ovvero corruzione di persona incaricata di pubblico servizio. Al riguardo, deve rammentarsi che la stessa l. n. 69/2015 aveva inciso sulla durata delle pene accessorie, in particolare quelle previste dall’art. 32-*ter* c.p. (elevando da 3 a 5 anni il limite di durata massima dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione), dall’art. 32-*quinquies* c.p. (con riduzione a 2 anni del livello di pena irrogata che determina la cessazione per il dipendente di pubbliche amministrazioni che sia condannato), e dall’art. 35 c.p., aumentando il tempo minimo e massimo di durata della sospensione dall’esercizio di una professione (da 3 mesi a 3 anni).

¹⁵⁸ Cfr. sul punto il classico studio di A. ESSER, *Die Ehrenstrafe*, Stuttgart, 1956, p. 50 e *amplius* nella dottrina interna S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, cit., *passim*. Nella manualistica, per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., 2016, Torino, p. 555 s.

Soprattutto le interdizioni permanenti appaiono assai lontane dai valori rieducativi, risolvendosi, di fatto, in una recisione senza ritorno dal corpo sociale o – nel caso di un operatore economico – dal mercato dei contratti pubblici. La ricerca di una maggiore afflittività e della massima *deterrence* dell'intervento punitivo ha fatto così slittare il baricentro dell'esecuzione penale dai contenuti positivi a quelli negativi della prevenzione, generale e speciale.

6.1.1. Possibili questioni di costituzionalità.

Il nuovo regime delle pene accessorie interdittive, in special modo di quelle perpetue, può far sorgere questioni di costituzionalità meritevoli di accoglimento per violazione del principio di proporzione e/o del finalismo rieducativo delle pene?¹⁵⁹

Vanno fatte, al riguardo, le dovute distinzioni.

L'interdizione perpetua dai pubblici uffici può apparire una reazione sensata nei confronti del funzionario pubblico chiamato ad adempiere le sue funzioni con disciplina ed onore (art. 54 Cost.); ferma restando la necessità di concedere anche in questi casi qualche opportunità di piena reintegrazione sociale.

Viceversa, non è così pacifica la ragionevolezza della misura permanente ai danni di un privato, che ben potrebbe aver ceduto solo occasionalmente alla scorciatoia della corruzione. Un solo errore (*one strike*) e sei tagliato fuori dalla contrattazione pubblica (...and you're out)! Questo, in buona sostanza, è il monito che il legislatore intende lanciare agli operatori economici. È manifesta l'inclinazione marcatamente dissuasiva, ai limiti del terrorismo punitivo, che si salda al tipico effetto specialpreventivo negativo insito nella rimozione delle condizioni giuridiche della reiterazione del reato.

Può ritenersi ragionevole un impianto normativo così gravoso?

Il legislatore ha perlomeno avuto l'accortezza di lasciare indenni da questo furore repressivo gli indotti *ex art. 319-quater*, comma 2, in quanto esposti alla condotta abusiva di *intranei* alla pubblica amministrazione. Ma non è detto che ciò basti a sottrarre tale disciplina al rischio di declaratorie di illegittimità costituzionale.

L'esigenza di tutela della concorrenza e dei beni fondamentali dell'amministrazione pubblica è sacrosanta, ma non può condurre ad annichilire valori pure degni di tutela costituzionale, come la rieducatività delle pene (art. 27, comma 3, Cost.), sulla cui inerenza anche allo statuto teleologico delle pene accessorie non possono più nutrirsi dubbi¹⁶⁰.

Sappiamo, al proposito, che il rapporto tra finalismo rieducativo e pene accessorie a contenuto interdittivo è da sempre controverso. Oggetto di acceso dibattito sono soprattutto le misure perpetue oppure quelle di durata fissa. Entrambe le tipologie sono infatti sottratte alla valutazione discrezionale del giudice¹⁶¹. Nella specie, un *vulnus*

¹⁵⁹ Lo escludono R. CANTONE, *Dal Bonafede*, cit., p. 4; D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione*, cit., p. 4 s.

¹⁶⁰ Cfr., per tutti, P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984, 17 ss. e *passim*.

¹⁶¹ Sui problemi di compatibilità delle sanzioni interdittive in generale con il finalismo rieducativo, v. S. MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in A.M. Stile

all'ideale riabilitativo può sorgere già nella fase della comminatoria edittale, posto che la stessa Corte costituzionale, sin dal 1990, ha avuto modo di chiarire che «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una generica ‘tendenza’ riferita solo al trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo significato ontologico, accompagnandola da quando nasce, fino a quando in concreto si estingue».

Dando uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale, appare assai pregnante ai nostri fini la questione più volte sollevata in tema di bancarotta fraudolenta, concernente le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa¹⁶². Entrambe, infatti, erano predeterminate nella misura fissa di dieci anni (art. 216, u.c., del r.d. n. 267 del 1942).

Un incidente di costituzionalità nel 2012 aveva sortito un *decisum* di inammissibilità, giacché la Consulta aveva ritenuto la correzione richiesta dal remittente, vale a dire la trasformazione di tale durata in limite edittale massimo anziché fisso, eccedente i suoi poteri di intervento, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore.

Di contro, una recente e condivisibile sentenza del giudice delle leggi ha decretato l'incostituzionalità della disposizione in discorso, per violazione dei principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Secondo la Corte, prevedere un'unica e indifferenziata durata delle pene accessorie per fatti di diversa gravità «non può che generare la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso – e dunque in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. – rispetto ai fatti di bancarotta fraudolenta meno gravi; e appare comunque distonica rispetto al menzionato principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio»¹⁶³.

Tornando all'aggiornato regime delle pene interdittive per i reati di corruzione, va notato che il legislatore ha avuto cura, quantomeno, di differenziare la durata dell'interdizione a seconda dell'entità della pena principale inflitta dal giudice e dell'eventuale ricorrenza dell'attenuante della speciale tenuità o della collaborazione processuale. Ciò potrebbe indurre ad escludere la manifesta irragionevolezza del trattamento sanzionatorio riservato, in linea di principio, alla valutazione discrezionale del legislatore.

Tuttavia i dubbi, almeno rispetto alle condotte che comportano – senza alcuna flessibilità applicativa – l'interdizione perpetua, non paiono interamente fugati, stante la

(a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 478. Sui sospetti di incostituzionalità per violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. che sorgono rispetto alle pene accessorie elencate nell'art. 28 c.p., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, p. 250. V. anche, già più di quattro decenni fa, le penetranti riserve di G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), ora, con aggiornamenti, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, spec. p. 90 s. Circa le novità della legge “spazzacorrotti”, similmente, N. PISANI, *Il disegno di legge*, cit.

¹⁶² Corte cost., 4 aprile 2012, n. 134.

¹⁶³ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit.

residua possibilità di equiparare nel trattamento punitivo fatti di ben diversa gravità oggettiva e soggettiva. A questa criticità si lega la precaria compatibilità con la finalità rieducativa, resa del tutto evanescente, e con lo stesso principio di personalità della responsabilità penale in relazione all'individualizzazione del trattamento.

Inoltre, l'assoluta indifferenza alla personalità del reo nella fase applicativa, laddove si tratti di applicare l'interdizione senza termine, sottende una presunzione: chi ha abusato, sebbene isolatamente, dei suoi poteri o abbia ceduto alla scorciatoia del crimine per un proprio tornaconto personale continuerà a farlo in futuro, sicché è necessaria una sanzione che "in forma specifica" gli impedisca di reiterare l'illecito. Ma una simile *praesumptio* non appare sufficientemente suffragata dall'*id quod plerumque accidit* e pertanto può risultare irragionevole anche a fronte dell'effetto intimidatorio già insito nella irrogazione/esecuzione della pena principale (che la stessa novella del 2019 ha cercato di rafforzare).

Peraltro, pure un'eventuale declaratoria di incostituzionalità del regime speciale delle interdittive perpetue potrebbe far sorgere un delicato dilemma in merito a quale durata debba poi farsi riferimento. In tema di bancarotta fraudolenta, le Sezioni Unite della Cassazione hanno spianato il contrasto giurisprudenziale insorto in merito alla durata delle pene accessorie previste dall'art. 216, ult. comma, legge fall., nella formulazione derivata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018, stabilendo che tali pene, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indichi un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p., e non necessariamente paramtrate alla stessa entità della pena principale ai sensi dell'art. 37 c.p. Il *rationale* della decisione è che i principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, posti alla base della decisione di illegittimità costituzionale, non consentono di applicare alcun tipo di automatismo sanzionatorio¹⁶⁴.

Nel caso delle interdizioni perpetue comminate dall'art. 317-bis c.p., potrebbe a nostro parere prospettarsi l'estensione alle condanne alla reclusione maggiore di 2 anni della forbice edittale prevista per le condanne a pena non superiore a tale soglia, *ergo* la durata compresa tra 5 e 7 anni. L'unica eccezione andrebbe riconosciuta, limitatamente all'interdizione dai pubblici uffici, nel caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni, giacché in tal caso dovrebbe trovare applicazione la norma generale di cui all'art. 29 c.p. che commina l'interdizione perpetua. Per certi aspetti, però, il rifiuto di automatismi patrocinato dal massimo organo nomofilattico, in applicazione del *decisum* della Corte costituzionale, potrebbe far sorgere una nuova questione di costituzionalità rispetto al regime dell'art. 29 c.p.

Per quanto concerne, invece, la decisione di far sopravvivere alcuni effetti penali alla riabilitazione, essa potrebbe apparire non irriducibilmente contraria agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., avendo il giudice costituzionale – ad es. in materia di riabilitazione militare – reputato la questione «rimessa alla valutazione discrezionale del

¹⁶⁴ Cass., sez. un., ud. 28 febbraio 2019, Pres. Carcano, Rel. Boni. Al momento della chiusura del presente contributo, le motivazioni non erano state ancora depositate.

legislatore»¹⁶⁵. Inoltre, la legge n. 3/2019 ha previsto un nuovo meccanismo estintivo successivo alla riabilitazione, parimenti fondato sulla buona condotta del reo. Il sospetto d'irragionevolezza e contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. del regime derogatorio in questione appare però meno precario ove si consideri che già la riabilitazione consegue ad una valutazione giudiziale approfondita del pieno recupero sociale del condannato, per cui è disagevole cogliere una linea di coerenza nel persistente diniego – per altri 7 anni – ad un soggetto pienamente rieducato del diritto a ricoprire incarichi pubblici o a instaurare rapporti contrattuali con la p.a.

Del pari, a nostro avviso, l'autonomia decisionale riservata all'organo giudicante in sede di concessione della *sospensione condizionale della pena*, circa l'estensione dei suoi effetti anche alle pene accessorie, non può ritenersi *per se* irragionevole o in contrasto con il motivo ispiratore dell'istituto. Anzi, esso potrebbe favorire una maggiore individualizzazione del *decisum* del giudice della cognizione, in rapporto alle specificità del caso concreto e alla personalità dell'autore¹⁶⁶.

Problemi distinti pone la scelta di rimettere all'apprezzamento dell'organo giudicante l'eventuale applicazione delle pene accessorie in sede di *patteggiamento*. Sul punto va rammentato che la Consulta ritiene in modo stabile che la discrezionalità legislativa in materia di limitazioni di accesso al rito alternativo – modalità tra le più qualificanti ed incisive di esercizio del diritto di difesa¹⁶⁷ – possa essere sindacata soltanto laddove trasmodi nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio¹⁶⁸. D'altro canto, nel caso di specie, non è in gioco la negazione del diritto di richiedere il rito alternativo in assenza delle condizioni predeterminate dalla legge (in materia di corruzione, si veda al proposito già l'art. 444, comma 1-ter, c.p.p., introdotto con la l. n. 69/2015), ma l'esclusione di uno tra i suoi possibili effetti: evenienza non del tutto insolita se si pensa che, ad es., in materia di confisca, un indirizzo della Corte di Cassazione ha più volte asserito che si tratta di statuizione obbligatoria che consente addirittura il ricorso alla procedura di correzione degli errori materiali¹⁶⁹.

6.2. L'ingresso (retroattivo) del corrotto/corruptore nel girone penitenziario riservato al mafioso.

Gli interventi in materia penitenziaria, volti a serrare le maglie della pena carceraria *in executivis*, accentuano la sensazione di un marcato riorientamento dello

¹⁶⁵ Corte cost., sent. n. 211/1993.

¹⁶⁶ Similmente, D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione*, cit., p. 5.

¹⁶⁷ Corte cost., sentenze nn. 273/2014, 237/2012, 333/2009, 219/2004 e 148/2004.

¹⁶⁸ Corte cost., ord. n. 455/2006; sent. n. 95/2015, che ha escluso qualsiasi violazione degli artt. 3 e 24 della Cost. da parte dell'art. 13, comma 2-bis, del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, secondo cui, per i delitti in materia tributaria sanzionati nel d.lgs. n. 74/2000, le parti possano chiedere il patteggiamento solo nel caso di estinzione, mediante pagamento, dei debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei predetti delitti. Sulla legittimità costituzionale delle preclusioni dell'accesso al patteggiamento, v. le sentt. nn. 135/1995, 228/2005, 312/2005, 28/2007.

¹⁶⁹ Cass., sez. 3, 10 agosto 2017, n. 39081, rv. 270793-01.



5/2019

statuto penale della p.a. verso la prevenzione “negativa”: intimidazione e neutralizzazione del reo.

La novella del 2019 ha infatti incorporato i principali reati contro la pubblica amministrazione¹⁷⁰ nell’elenco di cui all’art. 4-*bis*, comma 1, della l. n. 354/1975.

La norma, com’è noto, comporta un regime più gravoso per l’accesso ai benefici penitenziari – misure alternative (con la sola eccezione della liberazione anticipata), permessi premio e lavori all’esterno – che favoriscono una più concreta attuazione dei principi di rieducazione, flessibilità esecutiva e individualizzazione del trattamento punitivo. Condizione imprescindibile per la concessione di tali benefici, nel caso dei reati “ostativi” (c.d. di “prima fascia”) inventariati dalla disposizione, è la *collaborazione processuale*.

Tale doppio binario penitenziario è originato dalla legislazione antimafia degli anni ’90 (d.l. 13 maggio 1991, n. 152), con l’intento di colpire con particolare durezza gli esponenti della criminalità organizzata. Successivamente, è stato progressivamente esteso ad altre categorie di condannati. L’ultimo innesto ha riguardato, come si è detto, gli autori di fatti *lato sensu* corruttivi, i quali si trovano ora posti dinanzi al dilaniante dilemma: collaborare con la giustizia o rassegnarsi ai rigori afflittivi del regime derogatorio?

La modifica in discorso, pertanto, è intrisa di valenze sia simboliche che pratiche, giacché potrebbe dare corso a un aumento esponenziale dei detenuti per reati contro la pubblica amministrazione. Com’è risaputo, infatti, finora solo una minima percentuale di condannati per questi reati¹⁷¹ varca i cancelli del carcere, e per lo più a seguito di ordinanze di custodia cautelare anziché di sentenze definitive. Anche quando non è concessa la sospensione condizionale della pena, residua la possibilità di sostituire integralmente, su istanza del condannato, le pene della reclusione sino a 3 anni (aumentabili a 4 anni ai sensi del comma 3-*bis* dell’art. 47 ord. penit.) con l’affidamento in prova al servizio sociale, con la detenzione domiciliare per tutti gli ultrasessantenni (art. 47-*ter* ord. penit.), ecc.

L’obiettivo complementare ricercato dal legislatore è assicurare un passaggio intramurario e quindi un assaggio di pena carceraria pure quando sussistano i presupposti per la concessione delle misure alternative, consentendone così l’accesso solo in un secondo momento. Le ricadute dell’inserzione dei reati contro la p.a. nell’art.

¹⁷⁰ Artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.

¹⁷¹ Secondo le statistiche ISTAT aggiornate al 2017, solo 370 detenuti adulti presenti nelle carceri italiane – il 0,6% del totale (pari a 57.608) – lo erano per «peculato, malversazione e altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione»: <http://dati.istat.it>. Considerando la categoria – ovviamente non del tutto sovrapponibile – dei “reati finanziari o economici” utilizzata nel rapporto *Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l’Europe* (Space), stilato periodicamente dal Consiglio d’Europa tramite l’Università di Losanna, in cui è riportata anche la composizione della popolazione carceraria dei 47 Paesi membri, dall’ultimo *final report* del 20 marzo 2018 (PC-CP (2017)10) emerge che al 1° primo settembre 2016, solo 363 persone in Italia erano in carcere in via definitiva per *economic and financial offences* (l’1% circa del totale pari a 35.147); negli ultimi anni si è potuta registrare solo una lieve crescita (0,5% del totale nel 2012, 0,6% nel 2014, 0,9% nel 2015). La media dei Paesi membri del Consiglio d’Europa nel 2016 era del 6,3% (in Germania addirittura del 13,2%: 6.511 su 49.175, in Francia il 5,8%, in Svezia il 4,4%, in Spagna il 3,7%).

4-*bis* ord. penit. appaiono infatti gravose anche per il venir meno della possibilità di fruire della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p.¹⁷². Si rammenta, infatti, che tale sospensione, a mente del comma 9 della disposizione testé citata, «non può essere disposta: a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni [...]»¹⁷³.

Al riguardo, è da tempo avvertita – anche a livello dottrinale – l'esigenza di evitare un'irragionevole divaricazione tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione che degeneri in forme di sterile indulgenzialismo. Tuttavia, non deve mai dimenticarsi che schemi improntati ad una ferrea indefettibilità della pena, *in primis* quella più desocializzante (il carcere), contraddicono le esigenze sottese al teleologismo costituzionale improntato alla rieducazione, che implica un *iter* esecutivo sensibile alla condotta del condannato e alla sua vita futura. Del resto, sulla necessità di una «certa flessibilità della pena»¹⁷⁴ e di una «congrua progressività trattamentale»¹⁷⁵ in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo si è da tempo espressa con parole nette anche la Corte costituzionale, nel quadro di una concezione polifunzionale della pena che esige bilanciamenti ragionevoli tra le diverse istanze finalistiche. Tanto più che la necessaria tensione rieducativa della sanzione penale non ammette sbarramenti all'accesso ai benefici penitenziari in forza del semplice titolo di reato, tali cioè da impedire al giudice

¹⁷² «Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-*ter*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione [...]». L'ordine contiene l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione indicate (affidamento in prova, detenzione domiciliare, ecc.).

¹⁷³ Il caso *Formigoni* non ha dunque nulla a che vedere con tale variazione normativa, essendo l'ex governatore della Lombardia stato condannato a 5 anni e 10 mesi di reclusione per corruzione per atto contrario (art. 319 c.p.). Cfr., altresì, G.L. GATTA, [Caso Formigoni: il giudice dell'esecuzione ritiene legittimo l'ordine di carcerazione e irrilevanti – ma riproponibili al tribunale di sorveglianza – le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 4 bis o.p., esteso ai delitti contro la p.a.](#), in questa *Rivista*, 2 aprile 2019, a commento di Corte d'Appello di Milano, Sez. IV, ord. 27 marzo 2019. La richiesta avanzata dalla difesa al giudice dell'esecuzione era infatti diversa: in quanto ultrasettantenne, l'ordine di sospensione andava concesso a prescindere dall'entità della pena irrogata, per consentire l'accesso alla detenzione domiciliare (ora però preclusa ai condannati per reati di corruzione). La Corte d'Appello di Milano ha negato *de lege lata* che l'art. 656, comma 5, c.p.p. consenta, nei confronti degli ultrasettantenni, la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva superiore al limite di 4 anni, pur non escludendo che, al momento di richiedere la detenzione domiciliare al tribunale di sorveglianza, possano essere sollevate questioni di legittimità costituzionale, anche in merito al divieto per gli ultrasettantenni di accedere alla detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1, ord. penit. o all'applicazione retroattiva del nuovo regime carcerario per fatti di corruzione.

¹⁷⁴ Già Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, 2467; nonché, *ex multis*, Id., sent. 4 luglio 2006, n. 255, in *Cass. pen.*, 2006, 351. Nella manualistica, v. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 4ª ed., Torino, 2007, 114: «nella prospettiva della rieducazione sociale è palesemente illogica una predeterminazione intangibile nel *quantum* o immodificabile».

¹⁷⁵ Da ultimo, la fondamentale sentenza della Corte cost., 20 giugno 2018, n. 149, in questa *Rivista*, 18 luglio 2018, con nota di E. DOLCINI, [Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)](#) (fasc. 7-8/2018, p. 145 ss.).

qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato¹⁷⁶.

L'ardore punitivo che traspare dalla recente riforma tradisce altresì una chiara strumentalizzazione del singolo per fini di politica criminale. In altre parole, anche in questo caso ragioni utilitaristiche vengono anteposte ai diritti individuali del condannato.

Da un lato, il ricorso alla pena carceraria pure per fatti criminosi episodici o sporadici si presta a lanciare un robusto messaggio di deterrenza al resto dei consociati. Peraltro, rispetto a forme di criminalità occasionale è arduo divisare una collaborazione *ex post* in grado di apportare, con la necessaria tempestività, elementi utili alle indagini¹⁷⁷.

Dall'altro lato, quando oggetto della condanna sono fatti corruttivi partoriti da organizzazioni criminali o comunque in contesti di illegalità sistemica, la possibilità di essere totalmente pretermessi dai circuiti alternativi alla pena carceraria si traduce in una vigorosa pressione al "pentitismo". Anzi, la prospettiva di una pena carceraria effettivamente espiata può fungere per l'imputato da ulteriore sprone alla collaborazione endoprocessuale, atteso altresì il cospicuo sconto di pena offerto dall'art. 323-bis, comma 2, c.p.

Va rammentato, comunque, che per effetto di provvide correzioni apportate all'art. 4-bis, comma 1-bis, dalla legge n. 279/2002, sull'abbrivio anche di interventi della Corte costituzionale, nelle contingenze in cui sia impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, o la collaborazione possibile sia oggettivamente irrilevante, viene meno la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari.

Ciò nondimeno, nel caso di specie v'è spazio per svariate questioni di costituzionalità, riguardanti segnatamente: la legittimità dell'applicazione retroattiva di una norma che incide sulla fruibilità di misure alternative, quindi sulla *qualità* della pena e non solo sulle modalità di esecuzione della stessa; la ragionevolezza della presunzione di pericolosità sottesa al regime ostativo sancito dal predetto art. 4-bis; la ragionevolezza dell'onere collaborativo *ex art. 323-bis c.p.* a cui è vincolato l'approdo ai benefici penitenziari, posto che l'impossibilità/inutilità della collaborazione talvolta potrebbe risultare palese già alla luce delle risultanze processuali o persino *in re ipsa* rispetto a delitti come la concussione o il peculato; più in generale, la compatibilità con la finalità rieducativa della pena¹⁷⁸.

La possibilità di applicare, con un brusco balzo all'indietro, le nuove regole penitenziarie a fatti pregressi è sicuramente uno dei profili più discussi e discutibili della riforma, in assenza di una norma transitoria *ad hoc*.

¹⁷⁶ Argomento tratto ancora da Corte cost., 20 giugno 2018, n. 149. Precedentemente, v., ad es., sentt. nn. 90/2017, 189/2010, 78/2007, 68/1995.

¹⁷⁷ Del resto qui allignano le ragioni della poca attrattività dell'attenuante prevista dall'art. 323-bis, comma 2, c.p. e comunque la sua difficile fruibilità, prima e durante il processo, da parte di potenziali beneficiari.

¹⁷⁸ Questo *novum* normativo ha presto alimentato un concerto di critiche: cfr., per tutti, gli strali di V. MANES, [L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale](#), in questa *Rivista*, n. 2/2019, p. 105 ss.; un punto di vista analogo in D. PULITANÒ, [Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro](#), in questa *Rivista*, fasc. n. 3/2019, p. 239. Incisivi rilievi anche in N. PISANI, *Il disegno di legge*, cit.

A fronte di leggi successive che finiscono per mutare radicalmente la sostanza della pena reale, quella che il condannato è concretamente chiamato a scontare, la natura *processuale* – anziché penale-sostanziale – comunemente assegnata dalla giurisprudenza ordinaria¹⁷⁹ alle norme dell'ordinamento penitenziario appare un'etichetta poco calzante, almeno con riferimento ai divieti di concessione di benefici penitenziari. In effetti, il raffronto tra la pena carceraria da un lato e la detenzione domiciliare e l'affidamento in prova dall'altro denota un netto mutamento dell'intensità afflittiva della sanzione concretamente eseguita¹⁸⁰. A fronte di norme che incidono sull'applicazione di istituti di diritto sostanziale come le misure alternative alla detenzione, e quindi sul trattamento sanzionatorio dinamicamente vissuto dal reo, v'è motivo per invocare la *ratio* garantistica del principio di irretroattività *in peius*.

Qualche benefica fessura nel granitico assioma della natura processuale delle disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione è da ultimo comparsa tanto nella giurisprudenza di merito quanto di legittimità. Circa la prima, un'ordinanza del GIP di Como, emessa in sede di incidente di esecuzione, ripudiando un "approccio formalistico", ha ritenuto di disporre la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione della pena per la durata di trenta giorni, così da consentire al condannato di formulare richiesta di misura alternativa. Le ragioni del *decisum* sono collegate non al *tempus* della sentenza ma alla natura sostanziale del precetto di nuova introduzione, giacché applicare retroattivamente una norma che altera il contenuto della sanzione «significa violare l'art. 117 Cost. integrato dall'art. 7 CEDU nonché gli art. 25 c. 2 Cost. e l'art. 2 c.p., norme il cui raggio di operatività non può non estendersi a tutte le disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano, come nel caso di specie, un contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo»¹⁸¹.

La questione è stata affrontata *ex professo* anche dalla Suprema Corte che, in una recente sentenza¹⁸², non ha mancato di notare come la visione "sostanzialistica" e "antiformalistica" tipica della Corte di Strasburgo possa rendere «non manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato *in itinere* le "carte in tavola" senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce nei confronti del ricorrente nel passaggio – "a sorpresa" e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" a una sanzione con necessaria

¹⁷⁹ *Ex multis*, Cass., sez. I, 27 aprile 2018, n. 18496, rv. 273070-01; Id., 3 dicembre 2009, n. 46649, rv. 245511-01; Cass., S.U., 30 maggio 2006, n. 24561, rv. 233976-01. Tra le prime pronunce in merito alle modifiche apportate dalla "spazzacorrotti", nello stesso senso, v. [Trib. Napoli, sez. VII, 28 febbraio 2019 \(dep. 1 marzo 2019\)](#), in questa *Rivista*, 14 marzo 2019, con nota di L. MASERA, [Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti](#).

¹⁸⁰ Dal canto suo, la Corte costituzionale in passato, in vicende simili a quella discussa nel testo, si è limitata a invalidare «le applicazioni retroattive più vistose e più gravide di effetti: l'azzeramento retroattivo della rilevanza di percorsi 'rieducativi' già avviati»: lo rammenta D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 240.

¹⁸¹ [GIP presso il Trib. di Como, 8 marzo 2019](#), in questa *Rivista*, 14 marzo 2019.

¹⁸² [Cass. sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541](#), in questa *Rivista*, 26 marzo 2019, con nota di G.L. GATTA, [Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva](#).

incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto degli artt. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. e 4-bis ord. penit.»¹⁸³.

Ebbene, al fine di bloccare ordini di esecuzione per fatti anteriori alla nuova legge, vi sarebbe forse spazio per un'interpretazione costituzionalmente orientata, che superi le vischiosità ermeneutiche del "dogma vivente", anche a prescindere da una rimessione della questione alla Consulta¹⁸⁴. Ad ogni modo, quest'ultima strada è già stata intrapresa da vari giudici¹⁸⁵.

Quand'anche si affermasse l'opposto convincimento che ritiene applicabile il canone *tempus regit actum* in luogo del principio di irretroattività *in malam partem*, è alla data del passaggio in giudicato della sentenza che si intende eseguire (cfr. art. 650, comma 1, c.p.p.) e non dell'emissione dell'ordine di esecuzione che dovrebbe farsi riferimento per stabilire la disciplina applicabile, giacché le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva «quando sono divenuti irrevocabili» (art. 650, comma 1, c.p.p.) e l'ordine di esecuzione – che il pubblico ministero deve emettere «quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva»: art. 656, comma 1, c.p.p. – rappresenta un fatto meramente amministrativo¹⁸⁶.

6.3. La (sedicente) riparazione pecuniaria riformata (art. 322-quater c.p.) e gli enigmatici nessi con la confisca per equivalente (art. 322-ter c.p.).

Anche un altro strumento dell'odierno arsenale anticorruzione restituisce l'immagine di un sottosistema ormai interamente votato all'intimidazione, alla stigmatizzazione e alla promozione di dinamiche collaborative tra rei e autorità inquirenti. Facciamo riferimento alla sanzione della "riparazione pecuniaria" (art. 322-quater c.p.), introdotta dalla novella del 2015 e riformata in chiave estensiva dalla legge del 2019.

Si tratta, a nostro sommo avviso, di uno dei più patenti casi di frode delle etichette consumati dal legislatore negli ultimi anni.

Invero, già prima dell'ultima riforma, v'era assai poco di riparatorio in questa misura patrimoniale, che oltre a prescindere da un'istanza del danneggiato, ad essere

¹⁸³ Nel caso esaminato, però, i profili di incostituzionalità denunciati afferivano non alla sentenza di patteggiamento oggetto di ricorso, ma all'esecuzione della pena applicata con il medesimo provvedimento, e quindi ad uno snodo processuale successivo ed irrilevante ai fini della decisione della Corte, la quale ha segnalato che la richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale avrebbe potuto essere riproposta in sede di incidente di esecuzione.

¹⁸⁴ D. PULITANO, *Tempeste sul penale*, cit., p. 242.

¹⁸⁵ Trib. di Sorveglianza di Venezia, ord., 8 aprile 2019 e Corte d'Appello di Lecce, ord. 4 aprile 2019, entrambe in questa *Rivista*, con nota di L. BARON, *'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, 16 maggio 2019. Cfr., inoltre, il GIP presso il Trib. di Napoli, 2 aprile 2019, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5 aprile 2019.

¹⁸⁶ In tal senso v. la [Direttiva della Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Reggio Calabria sui limiti temporali di applicazione ai condannati per delitti contro la p.a. dell'art. 4-bis o.p., come modificato dalla l. 3/2019](#), nonché l'ordinanza della Corte appello di Catania, adita come giudice dell'esecuzione, del 22 marzo 2019, in *Giurisprudenza Penale Web*, 23 marzo 2019.

obbligatoria per il colpevole (dovendo essere «sempre ordinat[a]» dal giudice penale) e a lasciare impregiudicato il diritto al risarcimento del danno alla pubblica amministrazione lesa dal reato, importava il versamento di una somma pari all'ammontare di quanto «indebitamente ricevuto» dal pubblico agente.

Considerata la molteplicità di strumenti ablatori attualmente azionabili dall'autorità giudiziaria penale – varie ipotesi di confisca, diretta o per equivalente, sanzionatoria o preventiva, semplice o allargata – per sottrarre al reo il provento degli illeciti commessi ai danni della pubblica amministrazione, il rischio di un effetto moltiplicatore delle conseguenze patrimoniali dei reati in discorso appare *in re ipsa*.

Ma tra confisca e riparazione pecuniaria non sussiste solo un problema sostanziale di sovrapposizione contenutistica, quanto anche di singolare divergenza tra scopi dichiarati e funzioni latenti¹⁸⁷. Da un lato, abbiamo una sanzione dichiaratamente riparatoria ma che, essendo svincolata da una libera decisione del reo o richiesta della vittima, cela una chiara tensione punitiva¹⁸⁸, sublimata in caso di concorso di persone dall'applicabilità a ciascun concorrente; dall'altro lato, e per converso, una misura ablatoria – la confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.* – asseritamente punitiva, almeno secondo la *vulgata* giurisprudenziale¹⁸⁹, ma che in realtà tradisce una fisionomia preminentemente riequilibratrice, come si evince anche dalla più accorta giurisprudenza, in cui ricorre la preoccupazione di scongiurare duplicazioni sanzionatorie¹⁹⁰, ad esempio escludendo la confisca nel caso in cui il maltolto sia già stato altrimenti restituito¹⁹¹ o evitando, in vicende concorsuali, una “seriazione” di ablazioni corrispondenti al valore del profitto confiscabile quanti sono i concorrenti eventuali nel

¹⁸⁷ Dettagli in V. MONGILLO, [Le riforme in materia di contrasto alla corruzione](#), cit., p. 14.

¹⁸⁸ Similmente, in relazione al nuovo istituto, C. BENUSSI, sub *art. 322-quater*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (dir.), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 462 («natura penale (o parapenale)»); A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., § 5 («pena patrimoniale»); F. CINGARI, *Una prima lettura*, cit., p. 810 («natura sostanzialmente punitiva»); M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 343 ss. (sanzione «rigorosamente obbligatoria [che] diviene sostanzialmente una pena» e il cui esborso «a ben vedere ripropone nei fatti quella pena pecuniaria che la riforma del '90 aveva abolito perché ritenuta, ai fini del contrasto dei reati contro la p.a., corruzione e dintorni, particolarmente inadeguata»); ID., *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 519.

¹⁸⁹ Cfr., per tutte, Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci («carattere afflittivo e sanzionatorio» della confisca per equivalente).

¹⁹⁰ Sempre in materia penaltributaria, Cass., sez. III, 11 marzo 2011, n. 10120, rv. 249752-01.

¹⁹¹ Principio più volte affermato, ad es., in materia di confisca tributaria (art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244, ora sostituito dall'art. 12-bis del d.lgs. n. 74/2000, introdotto dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158): *ex multis*, Cass., sez. III, 20 maggio 2015, n. 20887, rv. 263409-01; Cass., sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587, *Guida dir.* 2012, n. 41, 81; Id., 10 ottobre 2013, n. 45189, *Giur. it.* 2014, 695 ss., con nota di V. MAIELLO. Analogamente, in tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-quater c.p.), Cass., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 44446, rv. 257628. La stessa celebre sentenza *Impregilo* in tema di confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, nel perimetrare la nozione di profitto confiscabile era animata dalla preoccupazione di evitare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto, che pure abbia trovato la sua genesi nell'illecito, ponga in essere un'attività i cui risultati economici non possano essere posti in collegamento diretto ed immediato con il reato: Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, rv. 239924-01.

reato¹⁹². In breve: nella riparazione pecuniaria il vantaggio indebito è mero criterio di quantificazione della sanzione, mentre nella confisca (per equivalente) è l'oggetto stesso della sanzione, sicché se tale oggetto viene meno per qualsiasi ragione, come nel caso di restituzione spontanea dell'indebitamente percepito, non v'è motivo di procedere alla sua applicazione.

Su codesto ribaltamento di scopi la recente riforma ha apposto il sigillo definitivo, estendendo il perimetro soggettivo ed oggettivo della misura patrimoniale irrogabile «a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio». D'ora in avanti essa sarà applicabile – non solo al pubblico agente responsabile di peculato, concussione, induzione o corruzione, ma – anche al *privato corruttore* (art. 321 c.p.) o *indotto* (art. 319-*quater*, comma 2, c.p.)¹⁹³ e ammonterà ad una «somma equivalente al prezzo o al profitto del reato»¹⁹⁴.

Si tratta, a ben vedere, dello stesso “valore” su cui ricade la confisca per equivalente *ex art. 322-ter* c.p., che costante giurisprudenza ritiene assimilabile, nello statuto garantistico, a una pena criminale.

Per ragioni di coordinamento è stato revisionato pure l'art. 165, comma 4, c.p., il quale, a seguito della legge n. 69/2015, vincolava la concessione della sospensione condizionale della pena alla restituzione del maltolto nei soli confronti del pubblico agente. Ora tale condizione è stata estesa al privato corruttore *ex art. 321* c.p. e legata, per entrambi i poli soggettivi dell'accordo illecito, al versamento della «somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 322-*quater*».

La riformulazione dell'art. 322-*quater* c.p. acuisce ulteriormente i dubbi suscitati dalla novella del 2015 in merito alla possibile violazione del *ne bis in idem* sostanziale per l'applicazione congiunta di sanzioni dal medesimo contenuto ma solo diversamente etichettate¹⁹⁵. Sanzioni a cui potrebbe aggiungersi, ancora, il risarcimento del danno cagionato che, nel caso di soggetto attivo intraneo alla p.a., comprenderà il danno erariale, patrimoniale o non (ad es. il danno all'immagine della p.a.), profilandosi così

¹⁹² La giurisprudenza è consolidata in materia, sebbene sia criticabile l'assunto concernente la possibilità di sequestrare/confiscare l'intero profitto, nei limiti del suo ammontare, a uno qualunque dei concorrenti. Si perviene a questo risultato, anche in materia di confisca *ex art. 322-ter* c.p., in applicazione di un principio di solidarietà interna tra concorrenti che talvolta viene erroneamente evinto dalla disciplina del concorso di persone nel reato e talaltra, in modo più pertinente, dai principi che regolano la solidarietà nell'illecito civile (cfr. Cass., sez. I, 1 febbraio 2017, n. 4902, rv. 269387-01, con espresso richiamo dell'art. 1298 c.c.). Ma v., correttamente, Cass., sez. V, 14 maggio 2015, n. 20101, rv. 263835-01, secondo cui «in caso di concorso di persone nel medesimo reato, la confisca per equivalente di cui all'art. 322-*ter* c.p. non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la quota di prezzo o profitto a lui attribuibile, anche quando nei confronti degli altri correi non può essere disposto alcun provvedimento ablatorio, attesa la natura sanzionatoria di tale tipologia di misura».

¹⁹³ L'estensione vale anche per i reati di cui all'art. 322-*bis* c.p.

¹⁹⁴ Cfr. M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 345.

¹⁹⁵ Sulla possibilità di cumulare confisca *ex art. 322-ter* e riparazione pecuniaria, con una sostanziale duplicazione sanzionatoria, cfr. M. ROMANO, *I delitti*, cit. p. 346 s.

un rigore sanzionatorio tanto esasperato quanto distante da esigenze di ragionevolezza¹⁹⁶.

A ben vedere, però, un elemento di disparità tra la sanzione riparatoria e la confisca del profitto affiora tra le righe del dettato normativo. Esso non concerne i contenuti del provvedimento, ma i suoi presupposti. In breve, la riparazione necessita di una sentenza di condanna, mentre la confisca è applicabile anche in caso di patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.*

Questo tratto di discontinuità è stato di recente messo in luce dalla Corte di Cassazione¹⁹⁷, che ha chiarito come il pagamento della riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio non possa essere ordinato con la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, sia nel procedimento di forma ordinaria che in quello di forma "allargata". La decisione non poggia su considerazioni di carattere teleologico, ma sul rispetto del dettato letterale degli artt. 322-*ter* e 322-*quater* c.p.

Tra le pieghe della tessitura normativa affiora quindi una premialità inaspettata, *ergo* un ulteriore incentivo al patteggiamento per corroborarne la capacità deflattiva. Salvo che la prescrizione sia imminente, l'imputato potrebbe valutare favorevolmente (già) in fase di indagini preliminari l'opportunità di patteggiare per sfuggire, quantomeno, a un duplice esborso equipollente al profitto incamerato in modo illecito: a titolo di confisca e di riparazione pecuniaria. Certo pure l'accesso al patteggiamento è stato espressamente condizionato dalla riforma del 2015 alla «restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato» (comma 1-*ter* dell'art. 444 c.p.p. che curiosamente non menziona gli artt. 320 e 321 c.p., applicandosi così solo ai pubblici ufficiali); ma tale restituzione evidentemente surrognerà ovvero sarà assorbita dalla confisca obbligatoria – anche in caso di applicazione della pena su richiesta – del prezzo o profitto del reato ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p.

Altra novità: nell'attuale regime normativo, alla confisca del profitto è più difficile sfuggire facendosi scudo degli effetti estintivi della prescrizione. Alla legge "spazzacorrotti" si deve difatti anche la seguente innovazione, che appare eversiva dell'assetto sistematico delle confische maturato durante una defatigante elaborazione giurisprudenziale. A presidio dell'effettività della confisca *ex art. 322-ter* c.p., il potere già accordato dall'art. 578-*bis* c.p.p. al giudice d'appello o alla Corte di cassazione rispetto alla confisca "allargata" *ex art. 240-bis* c.p. è stato esteso alla confisca speciale di cui all'art. 322-*ter* c.p. Si tratta della possibilità di decidere, in caso di estinzione del reato per prescrizione o per amnistia, sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato. In breve, purché la colpevolezza del reo sia stata acclarata in un precedente grado di giudizio, la confisca anche per equivalente

¹⁹⁶ Ulteriori spunti in F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, p. 197.

¹⁹⁷ [Cass., sez. VI, 20 marzo 2019, n. 12541.](#)

in materia di reati contro la p.a. potrà essere applicata ad onta dell'intervenuta estinzione del reato per prescrizione¹⁹⁸.

È così gemmata un'ulteriore ipotesi, legalmente riconosciuta, di *confisca senza condanna*, riconducibile al costrutto della "condanna sostanziale", già avallato in materia di confisca urbanistica dalla Suprema Corte, dalla Corte costituzionale e *dulcis in fundo* dalla Corte Edu¹⁹⁹.

Tuttavia il dipanarsi di questa creazione giurisprudenziale sino alla confisca *ex art. 322-ter c.p.* ribalta gli approdi a cui erano pervenute le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza *Lucci*²⁰⁰, che in nome di un asserito carattere afflittivo e sanzionatorio della *value confiscation* aveva escluso – a differenza della confisca diretta del prezzo o profitto storico del reato (art. 240 c.p.) – la possibilità di applicarla in caso d'intervenuta prescrizione.

Tale innovazione normativa assesta pertanto un duro colpo agli sforzi giurisprudenziali – invero non del tutto convincenti – di sistematizzare la materia delle confische attorno alla dicotomia tra misura di sicurezza patrimoniale a scopo di prevenzione di una pericolosità di tipo obiettivo²⁰¹ (confisca diretta, confisca allargata), com'è noto sottratta a svariate garanzie penalistiche, e confisca sanzionatoria (quella per equivalente), assoggettata a tutti i corollari del principio di legalità, al principio di colpevolezza, alla presunzione di non colpevolezza (e quindi alla necessità di una condanna), ecc.

In quest'ottica, la norma in discorso, smussando la fisionomia punitiva della confisca per equivalente, non ha natura meramente processuale, ma almeno mista, dunque anche sostanziale. Ciò importa l'indefettibile ossequio al principio di irretroattività.

Verso quale paradigma ablativo, però, ora procede la confisca *ex art. 322-ter c.p.*? Forse quello della misura di sicurezza a carattere preventivo? Sotto questo profilo, qualora la Corte costituzionale volesse ribadire la qualificazione sostanzialmente penale

¹⁹⁸ Punta invece a soddisfare esigenze delle autorità investigative il nuovo art. 322-ter.1 c.p., il quale consente al giudice di affidare agli organi di polizia giudiziaria i beni oggetto di provvedimento ablativo per le proprie esigenze operative, similmente a quanto già previsto in altri campi (ad es. reati tributari).

¹⁹⁹ Corte cost. 14 gennaio 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, con nota di V. MONGILLO; Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. e altri*.

²⁰⁰ Cass., sez. un., 22 novembre 2005, n. 41936, rv. 264435-01 («Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, non può disporre, atteso il suo carattere afflittivo e sanzionatorio, la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto») e rv. 264434-01 (il giudice nonostante l'intervenuta prescrizione può, invece «disporre, a norma dell'art. 240, comma secondo, n. 1 cod. pen., la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322-ter cod. pen., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio»).

²⁰¹ È noto come secondo la spiegazione tradizionale il fine dell'archetipo codicistico delle misure di sicurezza patrimoniali (art. 240 c.p.) sia prevenire la commissione di nuovi illeciti mediante l'espropriazione a favore dello Stato di cose che, provenendo da reati o in altro modo collegate alla loro esecuzione, manterrebbero «viva l'idea e l'attrattiva del reato» (*Relazione Minist. sul progetto del codice penale*, I, n. 202, Lav. Prep. 1929, vol. V, 19, p. 245).

della sanzione ablativa per equivalente²⁰² potrebbero profilarsi persino motivi di incostituzionalità del nuovo regime della prescrizione.

Al di là delle etichette giuridiche, sarebbe a nostro avviso più realistico riconoscere l'intima vocazione riequilibratrice della confisca del profitto criminoso, in tutte le sue forme, e impegnarsi a rispettare tale "sostanza" in sede di determinazione del *quantum* confiscabile e applicazione della misura nelle vicende concorsuali. Ciò importerebbe pure la necessità di enucleare un apposito statuto garantistico, che al momento risulta ancora immerso nelle nebbie di un impianto normativo caotico e iperframmentato.

Sul piano dommatico, dunque, la conclusione è amara: in materia di strumenti di ablazione patrimoniale, allo stato, un *sistema* non esiste (e forse mai è esistito). Si naviga a vista, dietro le sirene dell'efficienza.

7. La spasmodica ricerca di una maggiore effettività del sistema penale: dilatazione della giurisdizione extraterritoriale, aumento delle ipotesi di procedibilità d'ufficio, riforma della prescrizione.

Rafforzato l'effetto deterrente delle norme penali di contrasto alla corruzione, potenziati gli strumenti investigativi per stanare i corruttori, il legislatore del 2019 si è altresì preoccupato di inibire svariati fattori di – reale o supposta – ineffettività del sistema penale. Anche da questo punto di vista, l'obiettivo perseguito, neanche troppo velatamente, è incrementare il numero di condanne per fatti di corruzione o condotte strumentali.

a) In questa logica s'iscrivono, anzitutto, gli interventi volti a rimuovere gli ostacoli territoriali all'applicazione delle norme penali concernenti i delitti contro la pubblica amministrazione. Si è intervenuto, così, sugli artt. 9 e 10 del c.p. con un tendenziale avvicinamento al principio di universalità della giurisdizione in questo settore.

Orbene, per questi reati, anche se commessi (interamente) all'estero, è venuta meno la necessità della richiesta del Ministro della giustizia ovvero della istanza/querela della persona offesa, seguendo al riguardo una precisa raccomandazione del GRECO del Consiglio d'Europa.

Si rammenta che l'art. 9 c.p., riguardante il *delitto comune commesso all'estero dal cittadino italiano*, esige, in termini generali, la condizione di procedibilità in discorso solo per i delitti la cui pena sia inferiore nel minimo a 3 anni di reclusione, ferma restando la necessaria presenza del reo nel territorio dello Stato. Tale condizione – come si ricava dal nuovo comma 4 – è stata rimossa per i reati di cui agli artt. 320 (corruzione dell'incaricato di un pubblico servizio), 321 (corruzione attiva) e 346-bis c.p. (traffico di influenze illecite). Atteso, però, che la pena edittale prevista per la corruzione per atto

²⁰² Cfr., ad es., Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, *Giur. cost.*, 2009, 984 e Corte cost., ord. 20 novembre 2009, n. 301, *ivi* 2009, 4587, entrambe in materia di confisca per equivalente nel settore dei reati tributari.

contrario dell'i.p.s. non è inferiore nel minimo a 3 anni, la norma derogatoria speciale inoculata nell'art. 9 c.p. assume pratico rilievo per la sola corruzione, attiva e passiva, per l'esercizio dei poteri dell'i.p.s.²⁰³. Analogo discorso può farsi per la corruzione attiva. Appare, inoltre, singolare che non si sia fatta menzione dell'art. 322-bis c.p., posto che la corruzione per l'esercizio delle funzioni/poteri può riguardare anche un pubblico agente straniero e che in tali situazioni è sicuramente più frequente la realizzazione integrale del reato all'estero.

Tale eccentricità sfocia in palese incongruenza a fronte dell'innesto che ha riguardato l'art. 10 c.p., il cui nuovo comma 3 annovera ora, accanto a tutte le altre forme di corruzione e figure contigue (concussione e induzione indebita), l'art. 322-bis c.p., per cui in caso di commissione oltrefrontiera di tali delitti da parte dello straniero presente sul territorio italiano non sarà più necessaria la detta richiesta o istanza/querela.

b) Il secondo fattore di ineffettività penale che la l. n. 3/2019 ha voluto affrontare è la procedibilità a querela prima prevista per alcune figure di reato.

Di grande salienza è, sotto questo profilo, il subentro della procedibilità d'ufficio per tutte le ipotesi di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.) e relativa istigazione (art. 2635-bis), al di là dei casi di distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi. Il recepimento di precise richieste del GRECO si congiunge alla curvatura collettivistica che già la legge n. 38/2017 aveva cominciato ad imprimere al bene giuridico tutelato dall'art. 2635 c.c., cassando il nocimento alla società quale evento costitutivo della fattispecie²⁰⁴. Ora il superamento della procedibilità a querela sublima senza residue ambiguità un bene pubblicistico, come la leale e libera concorrenza, quale oggetto giuridico delle disposizioni in argomento.

Oltre alla corruzione tra privati, il legislatore si è concentrato su alcune figure di reato contro il patrimonio, che talvolta possono assumere una valenza propedeutica alla corruzione. Questo è il caso, ad es., dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.) commessa da un amministratore societario sui beni sociali, eventualmente per accantonare fondi neri poi utilizzati per il pagamento di una tangente²⁰⁵. In particolare, la novella – in controtendenza rispetto all'ampliamento dei casi di procedibilità a querela voluto dal d.lgs. n. 36/2018 – è intervenuta sull'art. 649-bis c.p., che menziona il delitto di cui all'art. 646 c.p. aggravato dall'abuso di autorità o commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, oltre alla truffa e alla frode informatica. All'unico caso di procedibilità d'ufficio già contemplato (sussistenza di circostanze aggravanti ad effetto

²⁰³ Conf. M. GAMBARELLA, *Il grande assente*, cit., p. 48. È utile ricordare che l'art. 320 c.p. «non prevede figure circostanziate attenuate di corruzioni, bensì altrettante nuove figure di reato, meno gravi ma corrispondenti a quelle degli art. 318 e 319»: così, M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 286.

²⁰⁴ Sulle ambiguità di questa riforma novellistica, cfr. però R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 5 ss. Nella disciplina immediatamente precedente all'ultima revisione, permaneva infatti la procedibilità a querela della persona offesa, salvo che dal fatto fosse derivata una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi. Penetranti riserve furono espresse anche da S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 713 ss.

²⁰⁵ Stante la possibile valenza strumentale dell'appropriazione indebita, il legislatore del 2019 ha elevato pure la forbice edittale di tale delitto, portandola a 2/5 anni di reclusione e 1.000/3.000 euro di multa.

speciale), la riforma ne ha aggiunti altri due: 1) fatti commessi nei confronti di persona incapace per età o per infermità; 2) danno arrecato alla persona offesa di rilevante gravità.

c) Ad ogni modo, la novità più aspramente discussa della legge anticorruzione del 2019 non concerne specificamente i reati contro la p.a., bensì un istituto di portata generale, vale a dire la *prescrizione del reato*.

Si è proceduto, a tal proposito, con modifiche mirate agli artt. 158, 159 e 160 c.p. La loro entrata in vigore è stata però differita al 1° gennaio 2020, confermando implicitamente l'impatto potenzialmente esplosivo sul sistema della giustizia penale.

La variazione più saliente riguarda l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di *sospensione della prescrizione*, decorrente «dalla pronuncia della sentenza di primo grado [sia di condanna che di assoluzione, n.d.a.] o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna» (*dies ad quem* dell'effetto sospensivo)²⁰⁶. In breve, una volta che sia intervenuta sentenza definitiva del primo grado di giudizio il reato non potrà più estinguersi per intervenuta prescrizione. Pertanto, più che di sospensione si tratta del venir meno *tout court* dell'effetto prescrittivo nei giudizi successivi al primo²⁰⁷, con una soluzione che rispecchia il sistema tedesco²⁰⁸ e alcune proposte di riforma di poco anteriori (cfr. il c.d. Progetto Gratteri).

La seconda novità di rilievo concerne il regime della prescrizione in caso di *reato continuato*. Sostituendo il comma 1 dell'art. 158 c.p., e reintroducendo la disciplina antecedente alla legge ex Cirielli del 2005, il *dies a quo* è stato fissato nel giorno di cessazione della continuazione, anziché nel momento di commissione di ciascun reato avvinto dall'unitario disegno criminoso. È stata così riesumata la concezione unitaria del reato continuato, originariamente sancita dal Codice Rocco in merito alla prescrizione.

A fronte di queste profonde trasformazioni, merita rammentare che già nella precedente legislatura la disciplina della prescrizione era stata oggetto di rivisitazione, in particolare con la n. 103/2017 che aveva innestato nel codice penale due nuovi eventuali periodi di sospensione, per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi, decorrenti dal termine per il deposito della motivazione della sentenza di condanna – rispettivamente – in primo e secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, fino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo o della sentenza definitiva (cfr. art. 159, comma 2, c.p.)²⁰⁹. Inoltre, con precipuo riferimento ai

²⁰⁶ Per esigenze di coordinamento con tale innovazione sono stati abrogati il terzo e il quarto comma dello stesso art. 159 c.p., nonché il primo comma dell'art. 160 c.p. che individuava, quali cause di interruzione del corso della prescrizione, la pronuncia della sentenza di condanna o il decreto penale di condanna.

²⁰⁷ Osserva giustamente G.L. GATTA, [Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione](#), in questa *Rivista*, 21 gennaio 2019, che la regola «avrebbe potuto trovare sede più adeguata nell'art. 158 c.p. ("Decorrenza del termine della prescrizione")».

²⁰⁸ Sul modello tedesco di prescrizione del reato, accompagnato dalla diminuzione della pena in chiave compensatoria dell'irragionevole durata del processo, cfr. F. VIGANÒ, [Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo](#), in questa *Rivista*, 18 dicembre 2012, p. 22 ss., il quale peraltro ha proposto di anticipare il *dies ad quem* della prescrizione all'esercizio dell'azione penale.

²⁰⁹ L'aumento massimo pari a 3 anni è però possibile solo in caso di condanna confermata nel grado

reati contro la pubblica amministrazione, una variazione apportata all'art. 161 c.p. aveva elevato alla metà (anziché a un quarto, come per i reati meno gravi) l'aumento massimo del tempo necessario a prescrivere derivante da cause interruttive; richiedendosi altresì – con una interpolazione all'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. (cfr. nuova lett. f-*bis*) – la trattazione prioritaria dei procedimenti per delitti contro la p.a.

A fronte di riforme di tale portata, sarebbe stato certamente più accorto attendere il trascorrere di un lasso temporale di assestamento, per soppesarne con piena coscienza gli esiti. Invece, un legislatore infrenabile ha deciso di intervenire *ex novo*, disponendo l'abrogazione della disciplina appena emanata, sebbene a decorrere – come detto – dall'inizio del prossimo anno, quando, in mancanza di *revirement*, entrerà in vigore questa porzione della l. n. 3/2019.

Non è questa la sede per una meditata disamina delle implicazioni problematiche di un'opzione che ha catalizzato le vibranti critiche della comunità dei penalisti, nella sua duplice componente accademica e forense, e di taluni settori della stessa magistratura.

Invero, la diatriba sulle sorti dell'istituto della prescrizione (dopo la sentenza di primo grado) trae alimento anche da diverse visioni politico-culturali circa la funzione della giustizia criminale e dei rapporti tra cittadino-imputato, Stato e vittime dei reati²¹⁰. Al fondo traspare un divario profondo, che a tratti è sfociato, nelle istituzioni e negli organi di informazione, in una disputa ideologica, con posizioni assolutamente inconciliabili circa la bontà della riforma e lo stesso presumibile impatto sulla durata dei procedimenti penali, notoriamente patologica nel nostro Paese²¹¹. Così, se taluni hanno vaticinato una significativa riduzione dei tempi processuali, per il ridotto interesse degli imputati ad impugnare e a ricorrere a tattiche dilatorie²¹², altri osservatori hanno paventato la definitiva paralisi del sistema giudiziario penale.

Di certo, la recente revisione della prescrizione, coerentemente alla filosofia emergenziale che anima l'intero impianto novellistico²¹³, antepone le ragioni della

successivo.

²¹⁰ Si vedano, ad es., con argomenti fortemente critici rispetto al recente intervento legislativo, G. INSOLERA, [La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione](#), in questa *Rivista*, 8 novembre 2018; D. MICHELETTI, in *disCrimen*, 8 ottobre 2018; di diverso avviso, G.L. GATTA, [Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata](#), in questa *Rivista*, 5 novembre 2018, ancorché non sottacendo le criticità della riforma sul piano dei tempi processuali, da cui la proposta – inascoltata – di rimedi compensativi per l'irragionevole durata del processo; ID., [Una riforma dirompente](#), cit., sulla normativa definitivamente approvata. Sul significato dell'istituto, v., da ultimo, le profonde riflessioni di D. PULITANÒ, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *disCrimen*, 17 luglio 2018.

²¹¹ Questo è un altro triste primato italiano, come risulta pure dall'ultimo *report* della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPJ), istituita in seno al Consiglio d'Europa: *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice*, no. 26, 2018 (dati 2016).

²¹² Stratagemmi, invero, più supposti che reali, visto che le statistiche rivelano come a pesare siano assai più le disfunzioni della macchina giudiziaria che l'"esasperazione" difensiva dei profili formali della procedura penale.

²¹³ Una logica da cui peraltro non era immune neppure la riforma "Orlando": cfr. A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali" in tema di prescrizione del reato*, in *Speciale commento l. 103/2017*, in www.lalegislazionepenale.eu.

potestà punitiva dello Stato e – almeno negli intendimenti governativi – delle vittime²¹⁴ all’interesse degli imputati ad essere giudicati in tempi certi, senza correre il rischio di inabissarsi *sine die* in una sorta di limbo processuale.

D’altro canto, se la *ratio essendi* dell’istituto della prescrizione è da ravvisare nel venir meno dell’interesse statale a perseguire fatti oltremodo risalenti e nel “diritto all’oblio” del reo, tenuto conto anche della funzione rieducativa della pena²¹⁵, non pare neppure del tutto persuasivo e coerente decantarne le lodi quale estremo baluardo contro l’insostenibile lentezza dei giudizi. È di tutta evidenza, al riguardo, che la prescrizione rappresenta un palliativo improprio, aggiungendo all’inefficienza del sistema giudiziario l’inefficacia/ineffettività del sistema penale²¹⁶. Nemmeno può sottacersi che sui recenti interventi modificativi del regime della prescrizione hanno pesato pure i continui richiami degli organismi internazionali²¹⁷ e la schietta eloquenza delle statistiche, le quali rivelano una maggiore incidenza della prescrizione per i reati economici e contro la p.a. rispetto ad altri illeciti²¹⁸.

I medesimi dati giudiziari, però, palesano altresì come la maggior parte delle prescrizioni tuttora maturi nella fase delle indagini preliminari (circa il 60% dei casi)²¹⁹, mentre tra i procedimenti definiti l’incidenza della causa estintiva è stabilmente maggiore nel giudizio di appello (circa il 25% dei procedimenti, seppure con una distribuzione territoriale marcatamente diseguale²²⁰), mentre si riduce a poco più dell’1% nei giudizi di legittimità²²¹.

Ne consegue che la prospettata variazione del regime della prescrizione rischia di incidere su una fetta piuttosto ridotta del monte complessivo delle vicende estintive, attese anche l’irretroattività delle nuove norme (è difatti pacifica la natura sostanziale dell’istituto²²²) e l’entrata in vigore posticipata al nuovo anno. Di talché, l’impatto – almeno nel medio periodo – rischia di essere più simbolico (mediatico, appunto) che tangibile.

Peraltro, necessiterebbe verosimilmente un ben più ampio periodo di decantazione della novella per riformare il processo penale e cominciare ad affrontare

²¹⁴ In realtà come dichiarato nel documento presentato dall’Osservatorio Nazionale Sostegno alle Vittime nel corso delle audizioni parlamentari sulla prospettata riforma, nella visuale delle vittime non conta solo il superamento del “problema prescrizione”, ma ancor più quello dei giusti tempi processuali, giacché anche la vittima «non deve subire la gogna giudiziaria di anni di attesa» prima di conoscere l’esito del processo.

²¹⁵ Fanno eccezione alcuni reati particolarmente gravi e odiosi, in quanto imprescrittibili.

²¹⁶ Ci sembrano ineccepibili, al riguardo, alcune osservazioni di G.L. GATTA, [Una riforma dirimpente](#), cit.

²¹⁷ Da ultimo cfr., dopo i reiterati rilievi del passato, le valutazioni positive sulla riforma “Orlando” e l’ultima novella formulate dal GRECO, *Fourth Evaluation Round*, cit., § 44.

²¹⁸ Cfr. questo [link](#).

²¹⁹ Come chiarito da G. PIGNATONE, in un articolo pubblicato sul *Corriere della sera* il 21 novembre 2018, ciò accade anche per la difficoltà dei tribunali – oberati da troppi procedimenti – di fissare una data d’udienza dopo la chiusura delle indagini, sicché non di rado il protrarsi dell’attesa, talvolta per anni, fa maturare la prescrizione prima del processo.

²²⁰ Cfr. questo [link](#).

²²¹ Dato confermato dall’annuario statistico 2018 della Cassazione penale.

²²² Da ultimo ribadita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 115/2018, resa nell’ambito della “saga Taricco”; tra le tante precedenti, v. sent. n. 143/2014.

con successo le profonde carenze della macchina giudiziaria. Una macchina che spesso gira a vuoto, tra carenze d'organico, disorganizzazione e disfunzioni operative, procedure farraginose, scarsa informatizzazione, edilizia giudiziaria insufficiente e spesso fatiscente, numero esorbitante di norme penali da applicare e processi da celebrare.

Conseguentemente, a fronte di una palingenesi necessaria ma alquanto aleatoria del processo penale e delle strutture giudiziarie, sarebbe stato più avveduto prendere atto che l'ulteriore dilatazione dei tempi processuali – neppure compensata dall'introduzione di termini di prescrizione del procedimento commisurati alla gravità dei reati²²³ – potrebbe disincentivare l'autorità giudiziaria dal procedere con speditezza almeno nei casi in cui oggi il rischio-prescrizione è più pressante. Per quanto tale andazzo lasci a desiderare, è un dato di fatto che tale rischio sia divenuto nella prassi un criterio di priorità dei processi. In definitiva, assenza di limiti temporali e amministrazione giudiziaria inefficiente paiono in grado di innescare un cortocircuito devastante. Il pericolo, dunque, è che l'imputato, persino quando sia assolto in primo grado, possa rimanere impigliato per un tempo indefinito nella ragnatela della giustizia penale, subendo una sorta di "ergastolo processuale" lesivo di svariati principi costituzionali: ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.; art. 6 CEDU); funzione rieducativa della pena, inevitabilmente svilita da una condanna intervenuta a distanza insensatamente lontana dal fatto-reato (art. 27, comma 3, Cost.); principio personalistico della certezza della durata processuale²²⁴.

La tempesta che rischia di abbattersi sul già malconco apparato giudiziario italiano dovrebbe quantomeno esortare tutti gli "addetti ai lavori" a promuovere una riforma della giustizia penale che sia capace di affrontare alla radice le cause della durata irragionevole dei processi penali, in ciascuno dei segmenti in cui si snodano, a partire dalle indagini preliminari.

d) Quando la prescrizione riformata sarà entrata in vigore, ne deriverà anche un implicito assorbimento del disposto di cui all'art. 578-bis c.p.p., che – lo si è già visto – la stessa novella anticorruzione ha voluto estendere alla confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.p.*, sottraendola agli effetti caducanti della causa estintiva, con un'innovazione in questo caso immediatamente operativa²²⁵. La portata precettiva della norma del codice di rito si esaurirebbe, allora, nel precludere espressamente l'applicazione delle ipotesi di confisca richiamate in caso di prescrizione del reato maturata prima di una pronuncia di condanna oggetto di impugnazione: un esito a cui la più recente giurisprudenza sembra, comunque, già stabilmente pervenuta.

²²³ Per questa prospettiva, cfr., per tutti, F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 102 ss.; più di recente, sui pro e i contra, v. A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit., p. 21 s.

²²⁴ Su quest'ultimo principio, v. F. PALAZZO, [La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi](#), in questa *Rivista*, 2016, n. 1, p. 57.

²²⁵ G. VARRASO, [La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 \(c.d. "spazzacorrotti"\) trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine"](#), in questa *Rivista*, 4 febbraio 2019.

8. Esigenze di conformità vere o presunte ad obblighi internazionali di incriminazione: la riformulazione del traffico di influenze illecite e della corruzione internazionale.

La legge n. 3/2019 ha trasformato radicalmente anche due fattispecie incriminatrici la cui derivazione è squisitamente sovranazionale: la corruzione internazionale nelle sue diverse declinazioni (art. 322-*bis* c.p., originariamente introdotto nel codice penale dalla l. n. 300/2000) e la più recente figura del traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), la cui genesi risale alla l. n. 190/2012.

I problemi di conformazione/applicazione sollevati da questi delitti discendono proprio dalla matrice esogena, che per di più si ramifica in una molteplicità di fonti pattizie emanate in sede UE, Consiglio d'Europa, OCSE e ONU, le cui direttrici politico-criminali e visioni politico-ideologiche del fenomeno criminoso da affrontare non sono del tutto collimanti. Le mutevoli vicende legislative delle fattispecie in parola rivelano, in modo emblematico, quanto sia sempre irto di difficoltà il recepimento negli ordinamenti interni di obblighi di penalizzazione sovranazionali²²⁶.

Si intrecciano al riguardo due *nodi di fondo*.

a) Da un lato, la formulazione legislativa dei delitti in discorso non esprime un *tipo criminoso* sufficientemente afferrabile e socialmente condiviso, “fissato” – anche bilanciando interessi confliggenti – nel suo preciso contenuto di disvalore, in ossequio ai principi di tipicità²²⁷, materialità e offensività dell'illecito penale. Ancor meno è rintracciabile, nella descrizione normativa, per così dire una “iconografia” del fatto incriminato, una morfologia rappresentabile e in grado di sintetizzarne icasticamente la dannosità sociale²²⁸.

Non si tratta di un caso isolato nel magmatico universo delle fattispecie a matrice sovranazionale. In questi casi, la disposizione-tipo “eterodiretta” indulge alla indeterminatezza e alla porosità, anche per consentire adattamenti e rispettare il margine di apprezzamento dei singoli Stati. A cascata, i legislatori nazionali – e il nostro purtroppo non fa eccezione – non di rado eludono nella fase di posizione della norma le complesse operazioni valutative necessarie a una legislazione penale razionale, conforme ai principi e fondata su solide basi empirico-criminologiche.

Ebbene, quale “accadimento di vita” s'intende reprimere mediante il *traffico di influenze illecite*? Quale “dannosità” incarna tale figura criminosa?

²²⁶ Come altrove abbiamo cercato più distesamente di illustrare: V. MONGILLO, *La corruzione*, cit., spec. p. 30 ss.

²²⁷ Nella manualistica, per tutti, su questo principio cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 79 ss. Tra le indagini monografiche, cfr. ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 342 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 139 ss.; F. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1992, XLIV, p. 535 ss.; R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

²²⁸ Cfr. il fondamentale saggio di M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, p. 15 ss., 73 ss.

La Convenzione penale contro la corruzione stipulata a Strasburgo nel 1999 individua il nucleo di illiceità del reato nella natura *improper* dell'influenza pattuita. Specularmente la Convenzione UNCAC del 2003 richiede di colpire la condotta dei correi che si accordino affinché l'intermediario – non semplicemente usi ma – *abusi* della sua influenza sul decisore pubblico. Non si esige una capacità di influenza *reale*, potendo essere anche meramente *supposta*. Infine, la struttura idealmente trilaterale dell'illecito – «in cui il soggetto effettivamente corrotto per l'esercizio della sua influenza, reale o supposta, è diverso dal soggetto influenzato nelle sue decisioni o azioni»²²⁹ – non implica un reale coinvolgimento del pubblico agente le cui decisioni siano prese di mira e tanto meno che la capacità di condizionamento sia effettivamente esplicita. Basta l'accordo tra il "venditore di influenza" (*influence trader*) e colui che richiede l'esercizio dell'influenza (*requesting person*) ed altresì che il bersaglio finale (*target person*) rivesta una qualifica pubblicistica²³⁰. Resta però assolutamente imprecisato, nell'impianto convenzionale, quando l'interferenza possa dirsi impropria o abusiva.

Invero, ai quesiti sopra declinati non può darsi una risposta appagante finché non siano acclarati, a monte, i limiti, le condizioni e le modalità dell'influenza che un privato, e il soggetto (professionista, società di consulenza, ecc.) incaricato di curarne gli interessi, può lecitamente esercitare su un pubblico agente; in altre parole, occorre tracciare la linea divisoria tra legittimi tentativi di orientare le decisioni pubbliche secondo criteri di pari opportunità e trasparenza e forme indebite di condizionamento, che si traducano nella sostanziale "cattura" dell'interesse pubblico e le cui ricadute possono essere anche penali²³¹.

In particolare, occorrerebbe precisare se sia astrattamente legittimo – e se sì in che termini – provare ad incidere *ab externo* su un procedimento legislativo, frutto di scelte politico-parlamentari insindacabili, oppure su un processo decisionale amministrativo di tipo discrezionale (quindi privo di un esito vincolato). Si tratta d'interrogativi cruciali in epoca di crisi della democrazia rappresentativa, di forte differenziazione degli interessi collettivi in una società viepiù complessa, in cui il confine pubblico/privato tende ad appannarsi. Tali dinamiche, infatti, finiscono per esaltare il ruolo dei c.d. gruppi di pressione o dei portatori di interessi privati²³²; sicché il punto di equilibrio ragionevole non può essere trovato in una criminalizzazione a tappeto.

²²⁹ MULTIDISCIPLINARY GROUP ON CORRUPTION, *Programme of Action against Corruption*, approvato dal Comitato dei Ministri nel 1996: cfr. GMC (96) 96, in *www.coe.org*, p. 33.

²³⁰ La principale differenza con la corruzione consiste, dunque, nel fatto che, mentre quest'ultima presuppone una «relazione diretta tra le parti coinvolte, tale relazione non esiste nel traffico di influenze»: MULTIDISCIPLINARY GROUP ON CORRUPTION, *Programme of Action against Corruption*, cit., p. 33.

²³¹ Cfr. E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2018, n. 2, p. 371 ss., 381 ss.

²³² Cfr. P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1293 ss.; V. MONGILLO, *Profili penali della rappresentanza di interessi. Il traffico di influenze illecite dell'ordinamento italiano*, in *Perc. cost.*, 2016, n. 1, p. 89 ss. Nella dottrina pubblicistica, anche in ottica comparatistica, v. il fondamentale saggio monografico di P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011; ID., [Lobbying e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2018, n. 3, p. 190 ss.

Altrettanti dilemmi politico-criminali solleva la fattispecie di *corruzione internazionale*. Quale tipologia di corruzione dobbiamo sanzionare: solo quella economica (secondo il paradigma convenzionale OCSE) o anche quella strettamente amministrativa (secondo il modello privilegiato dal Consiglio d'Europa e dall'ONU)? Il bene da presidiare penalmente, nella specie, è la leale concorrenza tra operatori economici, ovvero – come per la corruzione interna – il regolare funzionamento della pubblica amministrazione “extra-domestica”?

b) In secondo luogo, il dibattito penalistico, e più in generale pubblico, è apparso in questi anni geneticamente fuorviato da un equivoco.

Quando si discetta di figure criminose come la corruzione internazionale e ancor più il traffico di influenze illecite, vengono costantemente evocati obblighi internazionali di criminalizzazione che l'Italia sarebbe tenuta a rispettare. Ma seguendo queste rime si finisce per mettere sullo stesso piano veri e propri obblighi convenzionali e semplici raccomandazioni.

Il *trading in influence* rientra nel catalogo delle fattispecie rispetto alle quali la Convenzione dell'ONU di Merida non sancisce un vero dovere di penalizzazione ma solo una sollecitazione a prenderne in considerazione l'adozione. “Shall consider adopting” è l'appello rivolto agli Stati contraenti (art. 12), diversamente, ad es., dalla corruzione domestica, che tali Stati “shall adopt” (art. 15). Lo stesso discorso vale per la corruzione passiva di *foreign public officials* e *officials of public international organizations* (art. 19, comma 2, Convenzione ONU).

Con diversa – ma sostanzialmente analoga – tecnica di normazione, la Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa (1999) consente agli Stati parte di formulare delle riserve, integrali o parziali, rinnovabili ogni tre anni, rispetto all'introduzione di talune figure criminose. Sono proprio quelle che, durante le negoziazioni intergovernative, avevano palesato disarmonie più marcate nelle legislazioni statuali o suscitato forti divergenze di vedute tra i Paesi partecipanti alla negoziazione intergovernativa. Tra queste fattispecie ritroviamo, di nuovo, il traffico di influenze illecite e la corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri (art. 37).

Circa il traffico di influenze, non pochi Stati firmatari della Convenzione del Consiglio d'Europa – tra cui Danimarca, Finlandia, Repubblica Federale di Germania²³³, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia – continuano ad opporre un fermo diniego all'introduzione di tale reato. Lo si reputa – a seconda dei casi – inutile, contrario ai principi costituzionali interni (tassatività-determinatezza e offensività *in primis*), o irragionevolmente limitativo dell'attività lecita di *lobbying*, reputata espressiva di diritti costituzionalmente garantiti e presidio di democraticità dei procedimenti decisionali pubblici. Altri Paesi (ad es. Belgio, Svizzera) hanno apposto delle riserve parziali all'art.

²³³ «In accordance with Article 37, paragraph 1, of the Convention, the Federal Republic of Germany reserves the right not to establish as a criminal offence under its domestic law the conduct referred to in Article 12 of the Convention» [periodo di validità dal 1 settembre 2017 al 1 settembre 2020].



5/2019

12 della Convenzione. Pochissimi hanno recepito a tutto tondo la fattispecie convenzionale²³⁴.

In definitiva, nessun obbligo d'incriminazione sussisteva per il traffico di influenze e la corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri all'atto della stipula delle Convenzioni dell'ONU e del CdE. Un autentico vincolo punitivo riguardava solo la corruzione di pubblici ufficiali stranieri appartenenti all'UE o Stati membri dell'UE, ma esso discendeva da altri strumenti convenzionali²³⁵.

Del resto anche l'Italia, dopo l'approvazione della legge del 2012, n. 190, ha formulato varie riserve alla convenzione del CdE che riproducevano gli elementi di deviazione delle figure criminose di nuovo conio dalle fattispecie-tipo convenzionali²³⁶. Tali "eccezioni" sono state rinnovate nel 2017.

Ora dall'art. 1, comma 10, della l. n. 3/2019 apprendiamo che le riserve concernenti il traffico di influenze illecite non saranno confermate alla scadenza del triennio. Quindi se il disposto convenzionale diverrà interamente cogente non sarà per impegni assunti inderogabilmente dall'Italia, ma per un'autonoma scelta politico-criminale del nostro Parlamento. Viceversa, per quanto concerne le condotte di corruzione internazionale, sarà ribadita la riserva concernente la corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri e la corruzione – sia attiva che passiva – dei membri delle assemblee pubbliche straniere, fatta eccezione per quelle degli Stati membri dell'Unione europea e delle assemblee parlamentari internazionali.

Le modifiche alle fattispecie interne operate dalla legge "spazzacorrotti" riflettono tale impostazione.

Nel caso del traffico di influenze illecite, la descrizione del tipo è stata rimodellata in una triplice direzione. Innanzitutto, si è provveduto all'assorbimento del millantato credito (vecchio art. 346 c.p., ora abrogato) nel delitto *ex art. 346-bis c.p.*, sulla scia delle fattispecie sovranazionali che richiedono la punizione della vendita di influenza a prescindere dalla sua natura reale e fittizia. In secondo luogo, il raggio operativo dell'incriminazione è stato esteso agli accordi finalizzati ad influire su un pubblico ufficiale straniero o altro soggetto menzionato nell'art. 322-*bis c.p.* (c.d. traffico di influenze internazionale). Infine, sono stati espunti tutti quegli elementi selettivi della punibilità che il legislatore del 2012 aveva progressivamente interpolato durante la faticosa gestazione della norma, con l'intento di evitare una criminalizzazione indiscriminata e irragionevole dell'attività lobbistica.

²³⁴ Cfr. per il dettaglio e le ragioni delle riserve parziali o integrali apposte dagli Stati, M. GIOIA – S. AMARI, *Il traffico di influenze illecite nella prospettiva internazionale e comparata*, in *Perc. cost.*, 2016, nn. 1-2, p. 39 ss.

²³⁵ *In primis* la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997.

²³⁶ Le riserve riguardavano la mancata previsione del c.d. traffico internazionale di influenze, relativo cioè agli accordi volti ad incidere illecitamente sui processi decisionali di un pubblico agente straniero o di un'organizzazione internazionale, nonché il recepimento della fattispecie convenzionale salvo che nelle ipotesi di commissione del fatto «nel contesto di una relazione esistente» tra l'*influence peddler* e il pubblico agente e «per remunerare la realizzazione di atti contrari ai doveri d'ufficio o l'omissione o il ritardo di atti d'ufficio».

Il dato più saliente, a quest'ultimo riguardo, è la metaformosi dell'inciso «in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio». Esso smarrisce i connotati di requisito costitutivo di entrambe le modalità di realizzazione del reato – accordo sinallagmatico avente ad oggetto la mediazione illecita ovvero la remunerazione del pubblico agente²³⁷ – per assumere quelli di aggravante speciale del solo traffico finalizzato alla corruzione propria (comma 4), *ergo* alla retribuzione del destinatario finale dell'influenza (la *target person* rivestita della qualifica pubblicistica) per ottenere un atto antidoveroso. Rispetto all'ipotesi base (comma 1), invece, la remunerazione pattuita dalle parti potrà riguardare anche il mero esercizio delle funzioni o dei poteri di un pubblico agente. Ciò spiega l'inserzione dell'art. 318 c.p. – unitamente all'art. 322-*bis* c.p. – nella clausola di riserva con cui si apre la disposizione.

È venuta meno, inoltre, la natura necessariamente patrimoniale del vantaggio dato o promesso all'*influence peddler*, per cui ora il corrispettivo ricevuto dal venditore di influenza è genericamente designato come "utilità".

Questa riformulazione dell'art. 346-*bis* c.p. suscita svariate riserve²³⁸.

La fusione *in vitro* di millantato credito e traffico di influenze è in grado di razionalizzare il quadro normativo, superando le pregresse aporie sanzionatorie. D'altro canto esso palesa un esito decisamente infausto per il rispetto dei principi basilari del diritto penale e le esigenze del diritto penale del fatto. Il criterio di frammentarietà si dissolve all'interno di un 'delitto *omnibus*', di labile spessore contenutistico. La dimensione precettiva della norma smarrisce qualsiasi reale capacità di orientamento delle condotte (quando è illecita la mediazione?), potendo fomentare o una disincantata noncuranza dei portatori di interesse o l'astensione prudenziale da qualsiasi attività mediatrice. Viene vulnerato, altresì, il principio di ragionevolezza, stante l'equiparazione del trattamento sanzionatorio riservato a fattispecie di differente natura offensiva. In effetti, la *venditio* di una influenza che non esiste, e che mai potrà essere esercitata, continua a palesare una maggiore assonanza con il paradigma criminoso della truffa, diversamente dal mercanteggiamento di un'influenza reale, proiettata verso un fatto concretamente lesivo dei beni costituzionali dell'imparzialità e/o del buon andamento dell'attività amministrativa, legislativa o giudiziaria. Due condotte di questo tipo possono essere accomunate solo da una prospettiva soggettivistica che, secondo il modello del *Gesinnungsstrafrecht*, guardi all'intenzione

²³⁷ Secondo la dottrina maggioritaria (ad es. P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7, 11; V. MONGILLO, *Profili penali*, cit., p. 98), che ha ricevuto anche l'avallo della giurisprudenza, la necessaria proiezione del traffico di influenze verso un obiettivo illecito, cioè il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, inserita *in extremis* dal legislatore del 2012 nell'art. 346-*bis* c.p., al fine di evitare una *overcriminalization*, si riferiva ad entrambe le condotte alternativamente tipizzate dall'art. 346-*bis* c.p. Per una diversa interpretazione v., ad es., D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *federalismi.it*, 2012, p. 18. Sul vivace dibattito in argomento, v. F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 479 ss.

²³⁸ Per un approfondimento, sia permesso il rimando al nostro V. MONGILLO, *Il delitto di traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dalla legge "Severino" alla "Spazzacorrotti": nodi irrisolti, problemi nuovi*, in corso di pubblicazione.

malevola dell'autore piuttosto che alla reale offensività della condotta. Come se non bastasse, l'estensione – *pro futuro*, in forza del principio di irretroattività – della punibilità anche al soggetto passivo della millanteria²³⁹, sebbene in linea con la configurazione del traffico di influenze nelle fonti internazionali, altera le fattezze dell'oggettività giuridica interna, rivalutando l'ormai desueto valore del prestigio della p.a.²⁴⁰.

In definitiva, l'enunciato legislativo a seguito della riforma si è sostanzialmente appiattito sull'inconsistente schema tracciato dalla Convenzione del CdE. Cosicché, allo stato, è interamente affidato a un'auspicabile *cautio* giudiziale il compito di mettere a fuoco i contorni del tipo penale e stornare una panpenalizzazione indesiderabile pure in chiave assiologica, considerato che l'esercizio corretto e trasparente dell'attività dei portatori di interessi di rilevanza non generale costituisce un ingrediente positivo dei sistemi democratici più maturi e socialmente plurali e può favorire l'assunzione di decisioni pubbliche consapevoli.

Nonostante la smaterializzazione della fattispecie, il legislatore non ha rinunciato ad inasprire la pena edittale. Ma l'attuale limite massimo continua a non permettere il ricorso alle intercettazioni, con il rischio di aggiungere una sterile simbolicità a una strisciante illiberalità.

Deve ancora rilevarsi che il regime penale italiano del traffico di influenze è allo stato uno dei più severi nel panorama internazionale ed uno dei pochi a ricalcare pressoché pedissequamente lo schema convenzionale europeo del *trading of influence*. Non ci pare un "primato" di cui andare orgogliosi almeno per le ragioni dello Stato di diritto, considerato che quest'esercizio di attuazione acritica ha riguardato proprio la fattispecie convenzionale più discussa e problematica per il rispetto di principi fondamentali della nostra tradizione penalistica²⁴¹.

Altrettante perplessità suscita la riformulazione, fortemente estensiva, della corruzione internazionale di rilievo extraeuropeo. Non si è giunti all'estremo di criminalizzare la corruzione passiva extra-UE, sebbene una soluzione di questo tenore sia al momento prefigurata da una disposizione contenuta nel disegno di legge di delegazione europea 2018 (art. 3 lett. d), AS-944), limitatamente a fatti per i quali un obbligo di incriminazione realmente sussiste, vale a dire le corruzioni commesse da pubblici agenti di Stati non appartenenti all'Unione europea o di organizzazioni

²³⁹ Criticamente A. MANNA – A. GAITO, *L'estate*, cit., p. 3. V'è chi ritiene che la punibilità di colui che un tempo era ritenuto vittima dall'altrui millanteria non darebbe luogo ad una *contradictio in adiecto*, trattandosi «di un traffico di influenze putativo fondato sull'effettiva partecipazione ad una pattuizione illecita»: cfr. D. PIVA, *Le sfide*, cit., p. 8. D'altro canto, se così fosse, in assenza di espressa incriminazione della condotta del soggetto che ritenga di acquistare un'influenza reale solo perché ingannato, egli non potrebbe comunque essere punito *ex art. 346-bis c.p.*, in forza dell'art. 49, comma 1, c.p.

²⁴⁰ La giustificazione sarebbe che sia l'istigatore iniziale che il privato screditerebbero l'amministrazione pubblica, accordandosi in merito a condotte che presuppongono un pubblico ufficiale corruttibile o influenzabile. In alternativa, potrebbe congetturarsi che la norma punti a prevenire il pericolo – invero poco plausibile – che contatti con il pubblico agente si instaurino realmente, nonostante l'assenza di un'attuale relazione di influenza.

²⁴¹ L'unica – sacrosanta – "deroga" che il legislatore italiano si è concesso, come si è già rilevato, riguarda la mancata penalizzazione delle condotte istigatorie di offerta/sollecitazione.

pubbliche internazionali, che siano lesive o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione (cfr. Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017).

L'unica ragionevole eccezione, a questo riguardo, concerne i funzionari e membri elettivi di corti e organizzazioni internazionali, rispetto ai quali la parificazione con la corruzione "eurounitaria" – sollecitata dal GRECO – è ormai completa. Saranno così punibili ai sensi del comma 1 dell'art. 322-bis c.p. anche coloro che:

- esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di organizzazioni pubbliche internazionali (nuovo n. 5-ter);

- i membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale (5-quater, prima parte);

- i giudici e funzionari delle corti internazionali (5-quater, seconda parte).

A parte ciò, il legislatore – ancora una volta aderendo allo schema non vincolante *in parte qua* della Convenzione del CdE del 1999 – ha ritenuto di rimuovere *d'emblée* l'unico filtro specializzante dell'incriminazione in oggetto, in rapporto alle corrispondenti ipotesi corruttive di cui agli artt. 318 ss. c.p.²⁴². Ci riferiamo al duplice dolo specifico alternativo, consistente nella finalizzazione della condotta del privato corruttore all'ottenimento, per sé o altri, di un indebito vantaggio ovvero di un'attività economica/finanziaria in operazioni economiche internazionali, che nella versione originaria rappresentava una diretta traduzione della fattispecie-tipo di corruzione attiva internazionale forgiata dalla Convenzione OCSE del 1997, con le aggiunte apportate dalla l. 3 agosto 2009, n. 116, nell'ottica di una più piena conformità ai dettami della Convenzione ONU del 2003.

D'ora in poi, anche una corruzione non animata da finalità economiche – ad es. la bustarella per ottenere un visto dalle autorità locali – potrà rientrare nello spettro applicativo della norma penale. Il rischio che i nuovi spazi di penalità dischiusi dal legislatore possano tradursi in un velleitario simbolismo ci sembra abbastanza verosimile.

Sul piano strutturale, comunque, l'ipotesi della corruzione di pubblici funzionari di Stati non appartenenti all'UE e di organizzazioni internazionali ha smarrito l'autonomia strutturale e teleologica che gli veniva costantemente assegnata dalla giurisprudenza²⁴³, sicché l'art. 322-bis c.p. ora si atteggia a mera disposizione estensiva dell'ambito soggettivo delle corrispondenti fattispecie domestiche.

²⁴² Cfr. M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 316.

²⁴³ Ad es., Corte d'Appello di Milano, sez. II pen., 7 aprile 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 2, p. 1621 ss., con nota di V. MONGILLO, *Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d'ufficio*. In dottrina, per tutti, F. CENTONZE – V. DELL'OSSO, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 208; V. PATALANO, *Profili problematici della corruzione internazionale*, in Id. (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, p. 402; V. MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 252-261. Per un pregevole bilancio applicativo della fattispecie, di poco anteriore alla novella del 2019, v. S. MANACORDA, "Noli me tangere"? Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, n. 3-4, p. 528 ss.



5/2019

Contribuiscono, altresì, a dilatare la portata applicativa delle fattispecie di corruzione internazionale le già segnalate modifiche apportate agli artt. 9 e 10 del c.p., in tema di giurisdizione extraterritoriale.

E assume rilievo, inoltre, che tutte le ipotesi di cui all'art. 322-*bis* c.p. partecipino dell'inasprimento delle pene accessorie voluto dalla novella del 2019, sicché anche sul piano sanzionatorio il regime italiano della corruzione extradomestica è, allo stato, uno dei più gravosi a livello internazionale²⁴⁴.

9. Modifiche in tema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 e involuzione della logica prevenzionale del reato aziendale.

Il legislatore della “spazzacorrotti” non ha trascurato nemmeno la nuova dimensione sovraindividuale della responsabilità *ex crimine*, com'è noto regolata dal d.lgs. n. 231/2001.

La prima novità concerne l'ampliamento del novero dei reati-presupposto richiamati dall'art. 25 del d.lgs. citato, mediante l'innesto della rinnovata fattispecie del traffico di influenze illecite. Tale scelta supera un ulteriore elemento di discrasia rispetto al disposto dell'art. 18 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, che richiede la responsabilità delle persone giuridiche anche per il reato in discorso.

Sotto questo profilo, le ricadute sulla responsabilità ‘corporativa’ dell'assorbimento del preesistente delitto di millantato credito nell'art. 346-*bis* c.p. appaiono poco lineari o convincenti, giacché non si riesce a cogliere come pure da una semplice millanteria possa sortire un qualche vantaggio per la *societas*. Infatti, è pressoché impossibile immaginare un ente collettivo interessato ad accordarsi con un venditore di fumo, il quale *ex definitione* non è in grado di influenzare le decisioni di un pubblico agente, considerata la natura fittizia delle relazioni ventilate. L'unico modo per affermare la compatibilità della “vanteria” di una relazione “meramente asserita” con l'interesse/vantaggio ex art. 5 del d.lgs. n. 231/2001 sarebbe optare – peraltro in sintonia con la relazione ministeriale al decreto in discorso – per un'interpretazione marcatamente soggettivistica di tale requisito, incentrata cioè sulla finalità o il movente psicologico della condotta criminosa del soggetto incardinato nella struttura dell'ente. Sembra però più razionale una ricostruzione ermeneutica attenta al rapporto oggettivo tra il fatto illecito e la sfera di interessi propria della persona collettiva, specie in

²⁴⁴ Sul piano della concreta applicazione, già prima dell'entrata in vigore della recente novella, l'Italia figurava, nell'ultimo rapporto di Transparency International sui progressi nell'implementazione della Convenzione OCSE ad opera degli Stati contraenti, tra i 7 Paesi con *active enforcement*: cfr. *Exporting Corruption, Progress report 2018: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, 12 settembre 2018. Invece, sul piano della disciplina giuridica, al di là della persistente irrilevanza penale della corruzione passiva extra-UE, l'unico elemento di distonia rispetto alle raccomandazioni del WGB dell'OCSE è rappresentato, come si è detto, dall'estensione della causa di non punibilità del denunciante (art. 323-*ter* c.p.) alle fattispecie ex art. 322-*bis* c.p.

situazioni in cui appaia *in re ipsa* l'inidoneità del reato a soddisfare un interesse di quest'ultima.

Le modifiche di maggiore impatto hanno riguardato, comunque, il sistema sanzionatorio *contra societatem*.

Anche da questo versante il piglio repressivo del legislatore è caduto sulle sanzioni interdittive. In caso di condanna per i reati contro la pubblica amministrazione richiamati dal decreto 231 (segnatamente quelli di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 25), la durata di tali sanzioni, originariamente fissata tra 1 anno e 2 anni²⁴⁵, ora non potrà essere inferiore a 4 anni e superiore a 7 anni, se il reato è commesso da un soggetto che riveste una posizione apicale, mentre ricadrà in una forbice tra 2 e 4 anni se il reato è commesso da un sottoposto (nuovo comma 5 dell'art. 25).

Tale vetta che si erge isolata nel territorio lievemente ondulato delle interdizioni a destinatario collettivo snatura la fisionomia del sistema dell'illecito punitivo dell'ente coniato con il d.lgs. n. 231/2001.

Il sistema di responsabilità "meta-individuale" ruota, infatti, attorno a due obiettivi di fondo: per un verso, la prevenzione *ex ante* – ottenuta con la minaccia di sanzioni patrimoniali obbligatorie e interdittive eventuali – di situazioni di deficitaria organizzazione in grado di agevolare o persino promuovere la commissione di reati; per altro verso, la riorganizzazione/riparazione *post delictum*, stimolata dalla legge mediante l'offerta di cospicui sconti di pena (art. 12, comma 2) e la disapplicazione delle sanzioni interdittive (artt. 12, comma 2, 17, 49 e 78).

Quindi, se ci si concentra sulle funzioni di tale apparato sanzionatorio, risulta chiaro come – salvo casi d'inusitata gravità – la priorità legislativa non sia distruggere ricchezza imprenditoriale, ma riportare l'ente sociale sui binari della legalità. Solo in presenza di situazioni che rivelino una peculiare pericolosità dell'organizzazione responsabile dell'illecito dipendente da reato, la legge ammette più invasive forme d'incapacitazione (le sanzioni interdittive, appunto), comunque limitate nel tempo e al settore aziendale inquinato dall'attività criminosa. Le reazioni interdittive, infatti, rappresentano l'*extrema ratio*, essendo riservate essenzialmente all'impresa "recidiva" o seriamente disorganizzata, in quest'ultimo caso occorrendo altresì che il profitto tratto dal reato sia di rilevante entità (cfr. art. 13). Qualora l'interdizione possa provocare seri danni sociali collaterali (interruzione di pubblici servizi, rilevanti ripercussioni occupazionali) si prevede, in sostituzione, il ricorso al commissariamento giudiziale (art. 15 del d.lgs. n. 231/2001). L'espulsione dal mercato dell'impresa deviante rappresenta la soluzione estrema, confinata alle organizzazioni più insidiose in chiave prognostica o persino "incorreggibili" in quanto intrinsecamente criminali (art. 16, comma 3).

A fronte di questa impostazione, le scelte compiute dal legislatore nel 2019 appaiono profondamente distoniche.

A parte l'incongruenza di punire più severamente – sul solo versante interdittivo – reati meno gravi di altri previsti dal d.lgs. n. 231/2001 (ad es. associazione di stampo

²⁴⁵ Cfr. art. 13, comma 2, in cui è stato innestato in apertura l'inciso «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 25, comma 5».

mafioso, disastro ambientale, riduzione in schiavitù, ecc.), l'incremento parossistico, già nel minimo edittale, della durata delle misure incapacitanti altera gli equilibri dell'impianto sanzionatorio. Se effettivamente eseguita, l'interdizione dell'attività per una durata di 4 anni, ma lo stesso potrebbe dirsi per l'incapacità di contrattare con la p.a. irrogata ad un soggetto collettivo che viva prevalentemente di commesse pubbliche, equivale *de facto* alla definitiva paralisi dell'impresa, *ergo* alla sua dissoluzione, o comunque alla distruzione del ramo d'azienda contaminato dal reato²⁴⁶. Le possibili ricadute economiche e socio-occupazionali di simili vicende punitive sono facilmente intuibili. Il venir meno di un potenziale fornitore o appaltatore, specie in mercati ristretti, potrebbe altresì nuocere alla concorrenza piuttosto che presidiarla, fomentando concentrazioni dell'offerta, prezzi più elevati e servizi di qualità inferiore²⁴⁷.

L'unica possibilità di contenere gli effetti esiziali di una reazione punitiva irragionevole sarebbe il ricorso al commissariamento giudiziale (art. 15), ove ne ricorrano i presupposti. Tale misura, anzi, potrebbe divenire l'opzione ordinaria, in luogo di qualsiasi sanzione interdittiva che possa concretamente determinare l'interruzione dell'attività dell'ente, in tutti i casi in cui ad essere coinvolta nell'illecito sia una grande azienda o un soggetto che svolge pubblici servizi o servizi di pubblica necessità.

Per quanto concerne il divieto di contrattazione pubblica, preoccupazioni di analogo tenore sono da tempo al centro del dibattito internazionale, considerato il crescente protagonismo delle misure di *debarment* o *disqualification from public contracts* di operatori economici coinvolti in condotte criminali, tra cui la corruzione²⁴⁸.

Per di più, le problematiche appena evocate possono sorgere al di là dei casi di condanna di un ente imprenditoriale in sede penale, stante la possibilità – già accennata (*supra* § 6.1) – di escludere una società dai rapporti contrattuali con la p.a. quale effetto giuridico scaturente dalla condanna definitiva di suoi amministratori o rappresentanti per determinati delitti (cfr., nel nostro ordinamento, l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e la normativa europea di riferimento).

Le novità apportate dalla riforma del 2019 non si riducono all'inasprimento delle sanzioni interdittive applicabili agli enti. Riguardano anche il versante della premialità per le condotte di collaborazione *post delictum*.

Nell'impalcatura genetica del d.lgs. n. 231/2001 è assente qualsiasi forma di incentivo – esclusione della punibilità o mera attenuazione di pena – all'autodenuncia o

²⁴⁶ Coglie lucidamente questo profilo di involuzione del sistema sanzionatorio riservato all'ente collettivo, C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 4, p. 573. Forti riserve anche in C. SANTORIELLO, *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

²⁴⁷ Lo nota I. VALEIJE ÁLVAREZ, *La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, p. 480 ss.

²⁴⁸ Sulla diffusione dell'istituto a livello eurounitario e le differenze di disciplina tra i diversi Stati membri, cfr. S. MANACORDA – C. GRASSO, *Debarment of the Companies in the European Union*, Roxin Alliance, in www.roxin-alliance.org.

quanto meno alla collaborazione processuale dell'ente. Una linea strategica che in altre esperienze giuridiche, *in primis* quella nordamericana, appare invece preminente²⁴⁹.

Ebbene, la "spazzacorrotti" ha incorporato, sempre nell'art. 25, una nuova previsione premiale che, nel recuperare una prospettiva riparatoria, riconosce e valorizza altresì – per la prima volta nel nostro sistema giuridico – la *cooperation* processuale dell'ente. Infatti, ai sensi del nuovo comma 5-*bis* dell'art. 25, i limiti edittali della sanzione interdittiva tornano ad essere quelli ordinari (3 mesi/2 anni) se l'ente, prima della sentenza di primo grado, soddisfa queste due condizioni: 1) si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite; 2) abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

La prima condizione mutua ed estende all'ente collettivo le condotte positive susseguenti al reato che fondano l'attenuante riconosciuta alle persone fisiche dall'art. 323-*bis*, comma 2, c.p. a seguito della novella del 2015; azioni di cui la legge enumera le possibili finalità, le quali – secondo l'opinione preferibile²⁵⁰ – assumono rilievo alternativo e non necessariamente cumulativo.

La seconda condizione, per un verso, coincide nella sostanza con l'attenuante "comune" che, ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. *b*), comporta una riduzione della sanzione pecuniaria da un terzo alla metà²⁵¹, e, per altro verso, riproduce testualmente una delle attività riparatorie descritte dall'art. 17 del d.lgs. n. 231/2001. Una disposizione, quest'ultima, che consente all'ente di sottrarsi *in toto* alle sanzioni interdittive mediante una triplice condotta positiva: 1) la ripetizione del profitto illecito, 2) il risarcimento integrale del danno e 3) l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Il vantaggio ottenibile dall'ente realizzando le contro-azioni indicate dal precetto generale di cui all'art. 17 è dunque assai più allettante di quello offerto dall'art. 25, comma 5-*bis*: non la mera riduzione delle sanzioni interdittive ma la loro disapplicazione *tout court*.

Di contro, però, l'art. 17 fissa un limite temporale più rigoroso, giacché le dette condotte dovranno essere realizzate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Diversamente, la collaborazione *post crimen patratum* potrà essere assicurata, a mente dell'art. 25, comma 5-*bis*, fino alla sentenza di primo grado.

Ma a rendere ancora più frastagliato il quadro normativo complessivo è l'art. 78 del d.lgs. n. 231, che permette la "conversione" delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, pure nella fase esecutiva²⁵², purché siano realizzate le condotte riparatorie di cui all'art. 17. Pertanto, l'ente che decidesse di sfruttare l'opportunità premiale riservata

²⁴⁹ Per i dettagli sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 290 ss.

²⁵⁰ Condivisibilmente, M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 391.

²⁵¹ In tal senso, il rispetto delle condizioni di cui al comma 5-*bis* dell'art. 25 determina un abbattimento del carico sanzionatorio in tutte le sue componenti, pecuniarie e interdittive.

²⁵² Precisamente, entro 20 giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza.

specificatamente ai reati contro la p.a., potrebbe altresì ambire alla conversione delle sanzioni interdittive attenuate nelle sanzioni pecuniarie ai sensi dell'art. 78. In quest'ultimo caso però dovrà porre in essere le ulteriori condotte riparatorie richieste dall'art. 17, vale a dire il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze offensive del reato²⁵³.

10. Epilogo: il “senso del limite” da recuperare.

Lo stadio raggiunto, nel settore della lotta alla corruzione, dal modello emergenziale di gestione dei problemi sociali desta preoccupazione e sollecita una riflessione di più vasta portata sulle tendenze del sistema penale nel nostro Paese.

Circa venti anni fa, in un libro fortunato, un illustre studioso si doleva del consolidarsi «a livello legislativo, ma anche nella prassi, [di] un *habitus* di tipo emergenziale dalle origini risalenti, collegato, attualmente, alla lotta contro gravi e diffuse forme di criminalità, dei colletti bianchi ed organizzata, che non può destare preoccupazione in rapporto alla difesa dei diritti dell'individuo»²⁵⁴.

Purtroppo oggi ci troviamo ben oltre lo stato desolante che allora veniva lucidamente denunciato.

La repressione della corruzione è solo uno dei numerosi comparti dell'odierno diritto penale in cui ha attecchito la filosofia emergenziale, sempre meno “speciale”.

I postulati di fondo di questa visione politico-criminale, a forte impronta tecnocratica, sono ormai agevolmente decifrabili.

Il punto di partenza criminologico è il crescente allarme suscitato nell'opinione pubblica da varie sfere di criminalità. Le “tempeste emotive” allignano di norma in percezioni soggettive, più che in dati oggettivi, con il pernicioso corollario del sensazionalismo massmediatico²⁵⁵. Come osservato acutamente da Zaffaroni, «la criminologia mediatica sta all'accademia più o meno come la ciarlataneria sta alla medicina»²⁵⁶.

Ciò è particolarmente evidente nell'ascesa della corruzione a questione criminale nazionale. Certo la diffusione delle pratiche corruttive non è un'invenzione: è un problema reale, serio, complesso, con cui fare i conti mediante strategie di lungo corso e interventi di ampio respiro, specie sul versante culturale e preventivo. Servirebbero, in particolare, strategie razionali, non sviate da velleitarismi palingenetici, che si sforzino di cogliere il fenomeno nella sua oggettività, attingendo a tutti i dati empirici disponibili. Occorre concentrarsi sul fuoco della corruzione, senza lasciarsi accecare dal fumo della percezione. Pertanto, gli sforzi che si stanno compiendo negli ultimi anni per oggettivizzare la misurazione della corruzione – del fenomeno e del suo impatto – e così

²⁵³ Nello stesso senso, C. PIERGALLINI, *Premialità*, cit.

²⁵⁴ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 1 s. e *passim*.

²⁵⁵ Cfr., da ultimo, sulle «tempeste emotive nella comunicazione mediatica», con limpide argomentazioni, D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 244 s.

²⁵⁶ E.R. ZAFFARONI, *La cuestión criminal*, 2012, p. 244.

districarsi in un dedalo di dati e informazioni contrastanti, vanno sostenuti con convinzione.

Tuttavia, anche le incalzanti richieste degli organismi sovranazionali, presi dall'assillo di intensificare l'efficacia deterrente della reazione penale, fungono da detonatore ideologico, apparentemente asettico, della dilatazione del penalmente rilevante. Sfortunatamente, la stessa comunità dei penalisti non pare, finora, avere compreso appieno che, per contrastare le dinamiche espansive del diritto penale, la capacità di interloquire criticamente – demistificando, ove necessario, le narrazioni più iperboliche o apodittiche – con i verificatori internazionali (gli ineffabili GRECO, *Working Group on Bribery* e simili) sarebbe più fruttuosa di intere biblioteche ricolme di doglianze dottrinali.

La china imboccata è sotto i nostri occhi: la costruzione di un sistema di prevenzione amministrativa della corruzione potenzialmente salutare ma a tratti pletorico, che si combina con approcci repressivi panpenalistici, di crescente durezza.

Orbene, pure la “grammatica emergenziale” ha le sue regole, che il legislatore contemporaneo tende a replicare, in modo stereotipato, in tutti i settori via via assoggettati a questo modello di intervento:

1) *sul piano sostanziale*: smaterializzazione del tipo e del bene tutelato, anticipazione della tutela penale e correlata tendenza a valorizzare il tipo d'autore, da neutralizzare e intimidire più che rieducare, aumento vertiginoso delle pene principali e accessorie, proliferazione degli strumenti di aggressione patrimoniale sino al ricorso alla confisca senza condanna e alle misure *ante* e *praeter delictum* svincolate da qualsiasi garanzia penalistica tradizionale²⁵⁷, elargizione della non punibilità ai denunciati e/o cospicui abbattimenti di pena ai collaboranti (il c.d. pentitismo);

2) *sul piano investigativo-processuale*: intercettazioni telefoniche e captatori informatici senza restrizioni, agenti sotto copertura, scorciatoie o presunzioni probatorie, regime carcerario “duro” e/o “differenziato” con il divieto di benefici penitenziari in assenza di collaborazione, priorità assoluta nella trattazione di determinati procedimenti.

Tale impostazione si sta diffondendo a marce serrate nei più svariati campi, ben oltre i suoi ambiti originari (mafia, stupefacenti e terrorismo), anche perché allo strumentario emergenzialistico attingono a piene mani i membri delle commissioni nominate dalle forze di governo per escogitare sempre nuovi rimedi contro le manifestazioni criminali più allarmanti, a maggior gradiente “moralistico-passionale” e dunque migliore resa elettorale.

Affiora così un sistema di giustizia criminale votato – più che a un affidabile accertamento delle responsabilità entro solidi presidi garantistici – alla condanna, alla semplificazione probatoria e all'indurimento delle reazioni afflittive.

Anche ciò dovrebbe suscitare apprensione. Non solo le fenomenologie corruttive, nella loro pur innegabile gravità.

²⁵⁷ Si tratta degli istituti «in cui la nostra legislazione ha mostrato con maggiore ‘costanza’ il carattere dell'emergenza»: ancora S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 78.

La storia ci mette in guardia contro le aberrazioni a cui può condurre un sistema penale funzionale alla moltiplicazione e autoriproduzione dei “colpevoli”. Nel testo (*Cautio Criminalis*) divenuto celebre per la denuncia di un fenomeno che può essere considerato l’archetipo del diritto penale dell’emergenza, vale a dire la caccia alle streghe, il gesuita, scrittore e poeta tedesco Friedrich Spee von Langenfeld (1591–1635) ci ha lasciato in eredità questi esemplari ammonimenti: «Per quanti siano i roghi innalzati dai principi non saranno mai abbastanza, a meno di non ardere ogni cosa»; «gli stessi giudici si trovano di fronte ad una scelta: o porre fine ai processi e ripudiare la loro professione, o far bruciare tutti, perfino i propri familiari, e perfino se stessi. Infatti, le false denunce coinvolgeranno tutti, e basta che le torture continuino, che continueranno a sfornare colpevoli»; «bisogna fare bene attenzione a questo corollario: se solo i processi continuano a succedersi senza sosta, non c’è nessuno oggi, uomo o donna, ricco o povero, nobile o no che si possa considerare sicuro di non incappare in un nemico o in un calunniatore che lo trascini nel sospetto e nella fama di stregoneria»²⁵⁸.

Lo Stato penale contemporaneo rimpiazza la tortura²⁵⁹ (incentivo negativo) con il premio concesso alla delazione (incentivo positivo), le confessioni estorte con quelle “soavemente” raccolte dal detenuto in custodia cautelare, i funzionari troppo solerti con i poliziotti ben infiltrati. Ma dobbiamo temere una società di (presunti) colpevoli che si accusano a vicenda, investigazioni sotto copertura endemicamente in bilico tra accertamento e provocazione di reati, una quotidianità di relazioni sociali a rischio di essere “captate” in ogni luogo e in ogni frangente.

Alla fine, l’effetto di questa tetragona intransigenza – nella materia che ci ha occupato in queste pagine – sarebbe verosimilmente controproducente, vale a dire il consolidamento del trito adagio catastrofistico: la società è profondamente malata e i corrotti si annidano ovunque!

Il pericolo sempre più palpabile, in definitiva, è che in nome della difesa ben intenzionata dello Stato di diritto dalla minaccia della corruzione, si finisca per corrompere i principi basilari su cui tale modello di Stato si fonda. E difatti, se la missione è combattere ad ogni costo un male criminale, nel caso della corruzione percepito come male assoluto, epitome di tutte le disfunzioni delle società contemporanee, il prezzo ben potrebbe essere la spregiudicata soppressione di qualunque garanzia penale, sostanziale e processuale. Dopotutto, non siamo molto lontani dalla logica premoderna del *crimen exceptum*, del delitto eccezionale che richiede misure e procedure altrettanto eccezionali²⁶⁰.

²⁵⁸ L’opera di Spee venne pubblicata la prima volta anonima, in latino, nel 1631, anticipando così di oltre un secolo il celebre libro di Beccaria. Esiste un’ottima traduzione italiana: F. von SPEE, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, trad. it. di M. Timi, Salerno, 2004 (i passi citati nel testo sono alle p. 50, 342, 344).

²⁵⁹ Peraltro, c’è una componente di tortura, quanto meno sul piano psicologico, anche in un processo irragionevolmente lungo, un problema che – come si è già notato – potrebbe essere aggravato dall’ultima riforma della prescrizione.

²⁶⁰ Anche sotto questo profilo risuonano solenni le parole di Spee, secondo cui ancor più quando si tratti di provare crimini particolarmente gravi (“eccezionali”), che richiedono una particolare attenzione repressiva e possono comportare conseguenze pesanti per la persona imputata, «si deve concedere pieno diritto alla difesa».



5/2019

L'emergenza, in ultima analisi, è fatta di eccezioni, che come i vagoni di un treno si cedono il passo, fino a deformare l'intero sistema e spegnere ogni capacità di reazione. La ragione più profonda della spirale in cui ci stiamo avvitando è allora chiara: l'emergenza criminale innesca un'emergenza legislativa che tende ad autoalimentarsi, prigioniera dei propri eccessi e fomentata dai propri insuccessi.

Dobbiamo prenderne atto: anche l'uscita da questa spirale è un'emergenza del tempo in cui viviamo.

Per cui, l'accorata invocazione che oggi va rivolta al legislatore e al giudice (comune e costituzionale) è: "Recupera il *sensu del limite*"! Purché sia chiaro che cultura del limite non significa "pseudogarantismo" d'occasione²⁶¹ o arretrare nella repressione dei reati (dei "potenti" piuttosto che dei "marginali"): significa avanzare nel rispetto dei principi e delle regole – *in primis* costituzionali e convenzionali – che fondano una giustizia penale legittima, dunque accettabile.

²⁶¹ Cfr. A. BARATTA, *Prefazione* a S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., p. XXVII.