



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale della Pubblica Amministrazione

**PROBLEMI APERTI IN MATERIA DI REPRESSIONE DELLA
CORRUZIONE SUCCESSIVAMENTE ALLA
RIFORMA DEL 2012**

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Maria Novella Masullo**

CANDIDATA

**Romana Angeloni
Matr. 107663**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Angelo Carmona**

ANNO –ACCADEMICO 2016-2017

INDICE

Introduzione.....pag.

CAPITOLO I

CRITICHE AL PREVIGENTE SISTEMA DI REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE

1. Le fattispecie di corruzione di cui agli artt. 318 e 319: la struttura unitaria del reato e i profili problematici annessi alla punibilità del privato corruttore e dell'incaricato di pubblico serviziopag.
 - 1.2. Ulteriori aspetti problematici della disciplina anti-corruzione: la concezione mercantile specifica, il difficile inquadramento dei faccendieri, i proscioglimenti per intervenuta prescrizionepag.
2. La concussione: storia di una fattispecie unitaria, fondata sul metus publicae potestatis. La concussione ambientalepag.
 - 2.1. I difficili rapporti tra concussione per induzione e corruzionepag.

CAPITOLO II

LA RIFORMA ANTICORRUZIONE DEL 2012

1. L'esigenza di una riforma: tra dottrina, prassi giudiziaria ed obblighi internazionali e comunitari.....pag.
2. La L. n. 190/2012 : genesi e struttura di un provvedimento legislativo.....pag.
3. I nuovi delitti di corruzione: corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione propria, il rapporto tra le due fattispecie.....pag.

- 3.1. La scomparsa del riferimento alla retribuzione: quale rapporto di sinallagmaticità e quale rilevanza penale ai donativi d'uso?.....pag.
- 3.2. Soggetti attivi: estensione per l'incaricato di pubblico servizio, ancora problemi di punibilità per il privato-corruttore.....pag.
- 3.3. Momento consumativo, ancora sulla prescrizione: la riforma Orlando.....pag.
- 3.4. La fattispecie autonoma di istigazione alla corruzione, e gli spazi di autonomia del tentativo punibile.....pag.

- 4. Una risposta al difficile inquadramento dei faccendieri: il traffico di influenze illecite, tra origine giurisprudenziale ed istanze sovranazionali.....pag.
 - 4.1. I problematici aspetti strutturali del nuovo delitto, ed i suoi rapporti con i delitti di corruzione.....pag.

- 5. La concussione e il suo c.d. 'spacchettamento'pag.
 - 5.1. L'induzione indebita nei suoi rapporti con la concussione e le corruzioni. La sentenza Maldera.....pag.
 - 5.2. La giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera, nel discrimine tra concussione e induzione indebita. La concussione ambientale.....pag.
 - 5.3. La giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera nei rapporti tra induzione indebita e fattispecie di corruzione.....pag.

CAPITOLO III

LE FORME PIU' MODERNE DI REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE IN AMBITO PUBBLICO: PROFILI PREVENTIVI

- 1. La riforma del 2015: corruzione e criminalità organizzata, le caratteristiche principali del nuovo intervento di riforma.....pag.
 - 1.1. L'inasprimento dell'arsenale sanzionatorio, tra efficacia deterrente e nuova prescrizione.....pag.

1.2.	La nuova rilevanza delle condotte risarcitorie: la sanzione obbligatoria della riparazione pecuniaria (art. 322 quater) e la nuova circostanza attenuante ad effetto speciale (art. 323 comma 2).	pag.
1.3.	I flussi informativi obbligatori: il ruolo dell'ANAC	pag.
1.4.	I punti di crisi della riforma del 2015	pag.
2.	La tutela del whistleblower: origini e funzioni dell'istituto. Le criticità di una disciplina carente e disorganizzata.	pag.
2.1.	La riforma del 2017: tra insufficienza repressiva e prematura promozione di una cultura della legalità?	pag.
3.	Responsabilità degli enti e modelli di organizzazione e gestione come strumenti di prevenzione del rischio	pag.
3.1.	Le società partecipate, tra piani triennali ANAC e modelli organizzativi: il rischio di sovrapposizione tra discipline preventive	pag.
	Conclusioni	pag.
	Bibliografia	pag.

Introduzione

Nell'ambito del Libro II del nostro codice penale, i delitti contro la pubblica amministrazione trovano sistemazione al Titolo II. In particolare il suo Capo I, che disciplina specificatamente i delitti dei pubblici ufficiali, contiene a sua volta al suo interno quello che autorevole dottrina¹ suole descrivere con il termine di mini-codice o microsistema unitario meritevole, per ciò solo, di una trattazione congiunta, di un'analisi preliminare per così dire unitaria, non solo rispetto alle sue radici storiche e politiche, ma anche quanto ad elementi comuni delle fattispecie delittuose ivi disciplinate. In questo senso i delitti di corruzione, cui conviene aggiungere la fattispecie di traffico di influenze illecite disciplinata dall'art. 346bis di recente introduzione², ben si prestano a fondare uno statuto organico disciplinante la responsabilità penale di soggetti che, quali membri intranei alla Pubblica Amministrazione, si rendono, e se si vuole per ciò solo tanto più deplorabilmente, protagonisti di condotte *latu sensu* corruttive.

All'interno dello stesso Capo I, troviamo tuttavia disciplinate anche altre fattispecie delittuose che, rispondendo se non altro ad una ordinata sistemazione codicistica, presentano caratteristiche strutturali affini alle condotte tipiche di corruzione. Di quest'ultime esse pertanto finiscono inevitabilmente per risentire quanto a ricadute sistemiche di interventi legislativi ed interpretazioni giurisprudenziali che, nell'arco degli ultimi anni, hanno investito in vario modo il minicodice anticorruzione in discorso.

Quanto agli interventi del legislatore penale, ci si riferisce in particolare alle ultime due novelle legislative così dette anticorruzione, di cui alla L. 190/2012 e 69/2015,

¹ Così Mario Romano in *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione - delitti dei pubblici ufficiali* da *Commentario Sistematico*, Milano, 2013.

² Il legislatore del 2012 ha infatti tra le altre cose inserito nel nostro codice penale l'art. 346bis disciplinante una nuova quanto controversa fattispecie di reato comune, denominata per l'appunto traffico di influenze illecite, idonea a colpire ad ampio raggio le diffuse condotte di illecita mediazione a fini corruttivi. Il reato è stato oggetto della massima attenzione giurisprudenziale da parte della nostra Corte di Cassazione specie nell'ambito della nota vicenda giudiziaria concernente alcuni stabilimenti petroliferi Total siti in Basilicata, vd. sent. 23355/2016 Cass. Pen. Sez. VI, Tempa Rossa.

rispondenti a diversi approcci di politica criminale, che si inseriscono nel percorso evolutivo della repressione e prevenzione alle fattispecie in discorso, iniziato in origine con la grande riforma di cui alla l. n. 86/1990. In particolare, i due ultimi più recenti macro-interventi legislativi rispondono indubbiamente all'esigenza di rafforzare la lotta al fenomeno corruttivo nel nostro paese, affiancandovi la pressante necessità di adattamento alle varie istanze comunitarie ed internazionali presenti in materia. Si tenga infatti in debito conto che entrambe le leggi anticorruzione, rispondendo a suddette istanze comunitarie ed internazionali di uniformità repressiva e preventiva, oltre che muoversi su direttrici d'intervento molto diverse, irrompono nel panorama legislativo italiano in un intervallo di tempo significativamente breve. I due testi hanno pertanto comprensibilmente attratto la critica costante di dottrina e giurisprudenza.

Si è detto che l'istanza comunitaria ed internazionale è certamente *in subiecta materia* un dato imprescindibile per il legislatore italiano. L'atteggiarsi patologico del rapporto tra privato cittadino e soggetto pubblico, direttamente operante all'interno della pubblica amministrazione³, è difatti fenomeno che nel suo opaco quanto endemico sviluppo, ha assunto ormai colorazioni transnazionali concordemente riconosciute: *“Pratica occulta e sfuggente come poche altre, notoriamente comune ed endemica in molti paesi, non affatto esclusi quelli a più elevato tasso di civilizzazione, la corruzione unisce alla pesante immortalità del comportamento, la distorsione di una sana parità concorrenziale: effetto obbligato e al tempo stesso terreno di coltura e strumento di sostegno insostituibile al dilagare della criminalità organizzata, essa contribuisce a minare e ad ostacolare gravemente le stesse condizioni di sviluppo delle moderne democrazie”*⁴. L'instancabile ricerca di misure repressive e preventive comuni ai vari ordinamenti, ha dunque ispirato larga parte della produzione comunitaria ed internazionale pattizia degli ultimi

³ *“La corruzione, intesa in senso generico, consiste in un accordo fra un pubblico funzionario e un privato, in forza del quale il primo accetta dal secondo, per un atto relativo all'esercizio delle sue attribuzioni, un compenso che non gli è dovuto”* così Antolisei *La corruzione in generale* in *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 2008

⁴ M. Romano in *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione - delitti dei pubblici ufficiali* da *Commentario Sistemico*, Milano, 2013

decenni. In sede europea⁵ muovono decisamente in tal senso la *Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee* (1996) e la *Convenzione relativa alla lotta alla corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee e degli Stati membri dell'Unione Europea* (1997); numerose le carte stipulate in ambito internazionale: la *Convenzione OSCE sulla corruzione dei pubblici agenti stranieri nelle operazioni economiche internazionali* (1997); la *Convenzione penale sulla corruzione*, elaborata in seno al Consiglio d'Europa nel 1999 e ratificata dall'Italia con l. 110/2012; la *Convenzione ONU contro la corruzione*, stipulata a Merida nel 2003 e ratificata con l. 116/2009. Se la prova più tangibile e diretta dell'adeguamento interno a suddette carte si colloca emblematicamente nella l. 300/2000, che ha introdotto nel nostro ordinamento tra gli altri anche dell'art. 322bis, un'ampia fattispecie incriminatrice estensiva di una serie di gravi reati, compresi i delitti di corruzione, proprio a funzionari ed agenti delle comunità europee ed internazionale; vero è anche che l'instancabile sollecitazione internazionale agli interventi legislativi anticorruzione nel nostro Paese, è concretamente espressa nello stesso art. 1 della l. 190/2012 che, al suo primo comma, recita programmaticamente: *“In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'ONU contro la corruzione, adottata dalla Assemblea Generale il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge n. 116 / 2009, e degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, firmata a Strasburgo nel 1999 e ratificata ai sensi della legge n. 110/2012...”*. Tanto più che il richiamo in questo caso è a disposizioni specifiche delle due carte, tale da fondare l'ormai improcrastinabile individuazione, anche nel nostro Paese, di un'unica vera e propria Autorità Nazionale Anticorruzione idonea a coprire l'intero territorio con attività di controllo, prevenzione e contrasto alla *mala gestio* amministrativa, ma anche di studio e raccolta dati, grazie al materiale fornito dalle numerose amministrazioni territoriali coinvolte, il tutto in stretta collaborazione con gli organi inquirenti. A tal fine il

⁵ Sulla natura prettamente economica dell'istanza repressiva di matrice comunitaria, Cecilia Turco: *“Fin dagli inizi dell'anno 2000 l'Europa inizia a prevedere una serie di strumenti ed indicazioni di lotta alla corruzione. Si prende consapevolezza che i reati di corruzione non solo incidono sul buon andamento e sull'imparzialità della pubblica amministrazione, ma pongono enormi problemi anche per l'economia. Il fattore corruttivo esercita influenza sullo sviluppo economico e sul libero esercizio della attività d'impresa”* in *Sistema punitivo dei fenomeni corruttivi – Nel tempo della corruzione globale* a cura di G. Alibrandi e A. Cortesi, Firenze, 2016.

legislatore del 2012 ha opportunamente provveduto a trasferire alla preesistente Commissione Indipendente per la valutazione, trasparenza ed integrità delle pubbliche amministrazioni (CIVIT) le neoistituite funzioni e potestà dell'Autorità Nazionale Anticorruzione destinata, già nel corso del 2014⁶, ad assorbire poi definitivamente anche quelle della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP). L'Autorità Nazionale Anti Corruzione, in qualità di autorità amministrativa indipendente, potrà certamente, specie nella recente prospettiva del suo rafforzamento regolamentare e preventivo ad opera del legislatore del 2015, più che in passato, giocare un ruolo fondamentale nel complesso scacchiere della politica criminale anticorruptiva, così dinamica, insitamente discussa e sensibile alle variazioni d'indirizzo politico approntate dell'esecutivo, tanto per l'appunto da aver sofferto visibilmente nel passato dell'assenza di un referente istituzionale fisso.

Ad appena tre anni dall'intervento di riforma del 2012, il legislatore riterrà tuttavia opportuno rivisitare alcuni aspetti della disciplina. Anche nella L. 69/2015 il legislatore, pur muovendosi nel più ampio spettro dei delitti di criminalità organizzata e di corruzione in ambito privato, manifesterà l'impellente *voluntas legis* di rinforzare il faticoso adattamento alle istanze internazionali e comunitarie, ancora ben visibile se non altro nell'ormai "grande classico" dell'inasprimento sanzionatorio⁷.

In un'ottica più generale, la diffusione nei vari Stati di fenomeni variamente riconducibili alle rispettive fattispecie astratte di corruzione pubblica, tutti oggetto di una diversificata percezione da parte della comunità di riferimento, è stata ed è tutt'ora oggetto di studio anche di numerose organizzazioni e associazioni di

⁶ Si fa riferimento al decreto legge n. 90 del 2014 recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, poi convertito in legge n. 114 nell'agosto dello stesso anno.

⁷ Questo peraltro uno dei punti criticati dalla dottrina, insieme ad altri aspetti di coordinamento generale delle due riforme anticorruzione. Così Vincenzo Mongillo in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015 da Il libro dell'anno del diritto 2016 Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2016 - per il quale, tra incongruenze normative non emendate e disarmonie linguistiche, attualmente "*non è agevole ricondurre a sistema l'arsenale sanzionatorio*", da cui incoerenze sistemiche sotto il profilo più strettamente procedurale.

carattere privatistico. Tra queste, la *Transparency International Agency*, organizzazione non governativa a carattere internazionale nata nel 1993 ed attualmente presente in oltre cento paesi, si propone come fine la lotta alla corruzione ed è sicuramente la più nota ed accreditata dai mass media come attendibile fonte informativa in materia di corruzione ambientale: i suoi rapporti vengono pubblicati annualmente dalle maggiori testate internazionali, specie per quel che riguarda il *Corruption Perceptions Index* o indice di corruzione reale, un parametro valutativo a caratterizzazione sociologica ed econometrica che tiene conto della percezione effettiva della corruzione pubblica nei vari paesi, basandosi principalmente sui risultati di relazioni e convenzioni stipulate direttamente con le pubbliche amministrazioni dislocate sui territori e con aziende private operanti nel settore pubblico. Per il passato, a sottolineare la profonda e radicata diffusione nel nostro Paese della corruzione in ambito pubblico, alcuni dati numerici stilati dalla *Transparency International Agency*, nei consueti rapporti annuali antecedenti alla riforma del 2012, potranno risultare particolarmente esemplificativi: nel 2008, l'Italia era al cinquantacinquesimo posto, nel 2010 al sessantasettesimo e nel 2012 al settantaduesimo⁸. Nel suo rapporto annuale del Gennaio 2017 tuttavia, l'Italia occupa il terzo posto per quel che riguarda l'indice di corruzione endemica percepita nel settore pubblico e politico, anche detta corruzione ambientale, segnando così un miglioramento del suo CPI per il terzo anno consecutivo. In particolare, a partire dal 2012, anno della legge anticorruzione n. 190, l'Italia avrebbe di fatto riconquistato 12 posizioni nel ranking mondiale⁹. Similmente, il *Group of States Against Corruption* o GRECO, l'organo anticorruzione costituito in seno al Consiglio d'Europa nel 1999, cui l'Italia ha aderito nel 2007, ha pubblicato nel 2012 la parte finale di un primo

⁸ Molto chiaro in tal senso E. Dolcini: “Nella classifica del 2012, che vede al primo posto ex aequo Danimarca, Finlandia e Nuova Zelanda, l'Italia si trova alla pari con Bosnia e San Tomè. Significativo anche il raffronto Italia – Ghana. Nel 2008, quando l'Italia occupa il 55° posto, il Ghana era in 67° posizione, mentre nel 2011 Italia e Ghana, insieme a Samoa e Macedonia, condividono la 69° posizione...” nel suo saggio *La legge 190 del 2012: contesto, linee di intervento e spunti critici su Diritto Penale Contemporaneo*, del 23. 09. 2013.

⁹ La scala va da 0 (molto corrotto) a 100 (per nulla corrotto). L'Italia risultava così collocata all'inizio del 2017 al 47° posto. Si tenga peraltro conto che, alla data di tale rilevazione, circa il 70% dei 176 Paesi analizzati nel loro *CPI 2016 nel settore pubblico e politico* ha ottenuto un punteggio inferiore a 50 – da www.transparency.it

rapporto sul nostro paese¹⁰. Tale Rapporto rileva in particolare come l'allora disciplina italiana anticorruzione presentasse una serie di deficit rispetto agli standard europei, e concernenti diverse aree tematiche, tra cui la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e internazionali, il traffico di influenze, la difficile definizione di una precisa linea di demarcazione tra corruzione e concussione, la consistente falcidia dei procedimenti penali per reati di corruzione che nel nostro paese determinava la disciplina della prescrizione. Alcune note di miglioramento per l'Italia verranno di contro segnalate nel quarto rapporto GRECO, pubblicato nel Gennaio 2017, che non mancherà nemmeno di elogiare i primissimi anni d'operato dell'ANAC¹¹. E tuttavia nello stesso rapporto viene nuovamente sottolineato, come già fatto in passato, che la lotta al fenomeno corruttivo nel nostro paese deve ormai imprescindibilmente passare attraverso un vero e proprio rivolgimento culturale che non può dunque limitarsi al mero dato formale di un intervento normativo¹².

In quest'ultimo senso, la lotta alle più radicate dinamiche corruttive, in vario modo caratterizzanti il rapporto tra privato cittadino e Pubblica Amministrazione, è stata criticamente rappresentata come risoluzione di un problema ad un tempo giuridico e culturale. Se è infatti vero che il diritto, ed in specie la sua rappresentazione formale nella norma, intesa come fonte regolatrice di ogni aspetto della società occidentale, è parte integrante di quella che potremmo definire la cultura di un popolo¹³, altrettanto vero è che la corruzione, come radicato comportamento che da sempre si pone in contrasto al diritto oggettivo, ha finito ormai per permeare ogni strato della società

¹⁰ Rapporto GRECO di valutazione sull'Italia, III° ciclo di valutazione della 54ª ass. plen., 20-23 marzo 2012, reperibile su http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_14_2.wp.

¹¹ Il documento è intitolato *Fourth GRECO Evaluation Report, Italy* – da www.coe.int/greco. Il Gruppo di Stati contro la corruzione, nato nel 1999 in seno al Consiglio d'Europa, ha sede a Strasburgo ed è stato istituito con un accordo di 17 Stati membri del Consiglio d'Europa, tra i quali tuttavia non figurava l'Italia che vi aderirà soltanto nel giugno 2007. GRECO è aperto anche a Stati non europei e conta attualmente 49 membri, compresi Stati Uniti e Bielorussia. Dal mese di agosto 2010 tutti i membri del Consiglio d'Europa sono anche Stati membri di GRECO.

¹² “As GRECO has already stressed in its previous evaluation reports on Italy, combating corruption has to become a matter of culture and not only rules; this requires a long term approach, continuing education throughout all sectors of society as an indispensable component of the anticorruption strategy and sustained political commitment” da *Fourth GRECO Evaluation Report, Italy* – www.coe.int/greco

¹³ Da *Thinking it through. An introduction to contemporary philosophy* – di K. Anthony Appiah, Oxford University Press, 2003.

civile moderna, assumendo forme sottili, sfuggenti, spesso non percepibili o, peggio ancora, non percepite affatto. Tale proliferare è certamente il frutto di una forzata deburocratizzazione dei nostri apparati amministrativi da parte del legislatore prima e del cittadino poi, che spesso e drammaticamente non sembra immaginare altro modo di rapportarsi verso l'amministrazione pubblica referente. Si vuol sostenere cioè che, se da un lato nessuno dubita dell'anti-giuridicità di condotte che nel corso del tempo il legislatore ha provveduto ad enucleare in diverse fattispecie incriminatrici, dall'altro occorre fare i conti con il carattere di manifesta convenienza delle stesse, di radicata accettazione culturale, in primis per il cittadino, poi per il pubblico ufficiale che se ne rendono autori materiali. Tra i fattori culturali in particolare, a nemmeno un anno dall'entrata in vigore della stessa riforma del 2012, parte della dottrina sottolineava un calo della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario, nonché *“lo scoramento e lo scarso rispetto di sé e della propria funzione, che costituisce il principale fattore di indebolimento del sistema ‘immunitario’ dei pubblici funzionari nei confronti del morbo corruttivo”*¹⁴.

E d'altra parte, giova ribadirlo, è proprio nella multiformità, nell' inafferrabile poliedricità di sviluppo, che risiede il nodo gordiano della lotta alla corruzione nella nostra società contemporanea, dove forme di illegalità sempre nuove, impongono adattamenti legislativi tanto più immediati quanto più attenti e coscienziosi rispetto al continuo evolversi delle relazioni economiche e sociali. Così rileva, a ragione, autorevole dottrina: *“Recentemente si assiste a una ripresa di interesse per il complesso dei fenomeni che vengono etichettati con il termine “corruzione”, ma si è ancora ben lontani dalla chiarezza terminologica e da una robusta teoria della corruzione. Infatti, ancora oggi si usano le stesse categorie per strutture, funzioni e forme di comportamento illecito tra loro assai dissimili. Si passa da fenomeni che riguardano la degenerazione dei sistemi sociali e politici, a comportamenti privati eticamente discutibili, o ancora a fenomeni afferenti alla delinquenza organizzata che per la verità usa “anche” lo strumento della corruzione”*¹⁵. Si vuol insomma

¹⁴ G. Forti in *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria* - su *Diritto Penale Contemporaneo*, 16.09.2012.

¹⁵ Dalla voce *Corruzione* di F. Cazzola in *Enciclopedia delle scienze sociali*, ora reperibile in [www.treccani.it/enciclopedia/corruzione_\(Enciclopedia_delle_scienze_sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/corruzione_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/)

sostenere che ad oggi è innegabile l'esistenza, soprattutto negli uffici delle pubbliche amministrazioni più prossime al quotidiano, dove più effettivo è il decentramento amministrativo, e non soltanto nelle piccole comunità caratterizzate dalla arretratezza economica e socio-culturale, di condotte difficilmente definibili, ma pure inquadrabili nel loro complesso in una sorta di corruzione a bassa intensità: si pensi ai piccoli favori che il pubblico ufficiale accetti di ricevere, in cambio della concessione al privato cittadino di un futuro impiego in ambito amministrativo, di una autorizzazione commerciale, spesso giustificati dagli stessi autori come mere forme di sostegno familistico od amicale. E tuttavia nella condotta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, che riceve indebitamente denaro od altra utilità, per l'esercizio della sua funzione o dei suoi poteri¹⁶, è davvero divenuto oggi giorno difficile cogliere qualsivoglia tipo di solidarismo o senso del vivere comune. Il privato corruttore, in totale dispregio delle regole di leale concorrenza e buon funzionamento della macchina amministrativa, che pretenda di poter "comperare" il soddisfacimento di un suo interesse, quand'anche giuridicamente configurabile come interesse legittimo, spesso ignora i meccanismi stessi che intende soprassedere. Ma v'è di più: la corruzione in ambito pubblico, oltre a caratterizzarsi per la suddetta deplorevolezza etica e morale, ha dato sempre più manifestamente prova nel corso degli anni delle sue intrinseche potenzialità in termini di offesa ad un bene giuridico più strettamente patrimoniale¹⁷.

¹⁶ E' questa la condotta tipica della nuova **corruzione per l'esercizio della funzione**, di cui all'**art. 318 c.p.** come modificato dalla legge anticorruzione n.190 del 2012. Nella sua formulazione originaria la norma disciplinava la *corruzione per un'atto d'ufficio*, anche detta *corruzione impropria*.

¹⁷ Sulla corruzione come male monetizzabile sia in termini di costo direttamente gravante sulle casse della pubblica amministrazione, sia in termini di deficit finanziario idoneo a ripercuotersi sull'economia privata, vd. articolo *Quanto costa la corruzione agli Italiani?* da *Il Sole 24 Ore*, pubblicato in data 28 gennaio 2016, dove Alberto Vannucci, docente di Scienze Politiche dell'Università di Pisa, attribuisce alla corruzione italiana un costo "*di alcune decine di miliardi*"; e Lucio Picci, docente di Economia dell'Università di Bologna, azzarda: "*un ammontare che, se fosse restituito agli italiani, farebbe aumentare il loro reddito pro-capite di circa 10 mila euro all'anno*". Ma nello stesso articolo si precisa che l'erosione dei fondi pubblici da parte della corruzione è per la verità dato difficilmente quantificabile, quasi mai rintracciabile in modo univoco a bilancio. Sul medesimo tema inoltre, si segnala Sebastiano Nerozzi che sottolinea: "*Nel nostro Paese cresce la consapevolezza dell'insostenibile pesantezza della corruzione in ambito pubblico, non solo sotto il profilo della morale civica, della correttezza della pubblica amministrazione ... ma anche delle possibilità di sviluppo economico*" nel saggio *Corruzione, istituzioni e sviluppo economico* da *Nel tempo della corruzione globale*, a cura di G. Alibrandi e A. Cortesi, Firenze, 2016

La doppia natura lesiva dei delitti di corruzione, dovrebbe consequenzialmente tradursi, per certa parte della dottrina, nella loro normativa configurazione quali norme penali destinate a sanzionare l'offesa, quand'anche solamente tentata, ad un bene giuridico plurimo: non più solo ed esclusivamente quindi a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, bene giuridico astratto e di categoria valorizzato dal sicuro riferimento costituzionale (art. 97 Cost.), ma anche a tutela più specifica, calibrata rispetto alle varie condotte tipiche di corruzione che si vuole ridisegnare, non solo o non necessariamente di tipo patrimoniale.

Addirittura, sottolineando criticamente tale duplicità come natura intrinseca della corruzione, Francesco Palazzo afferma: *“La corruzione ha due anime, presenta cioè due principali forme di manifestazione (...). Si suole chiamare ‘burocratica’ la corruzione in cui domina l’atto amministrativo oggetto del mercimonio, tendenzialmente individuato e inserito in un episodio singolo e definito. Si può invece denominare ‘affaristica’ quella corruzione in cui domina il flusso di denaro prodotto da una rete elastica ed abbastanza indeterminata di scambi corruttivi che tendono a sfumare in rapporti interpersonali sufficientemente stabili...”*¹⁸

E per una buona riforma dei delitti di corruzione in Italia, promossa da un legislatore che prenda in debita considerazione suddetta configurazione plurioffensiva delle condotte tipiche in discorso, si esprimeva a dire il vero già pochi anni prima della riforma del 2012, certa dottrina, segnatamente affermando che la direttrice della plurioffensività, che comunque avrebbe dovuto *“già ispirare l’interpretazione delle fattispecie attuali”*, avrebbe dovuto anche, in un prossimo futuro, non meglio definito dall'autore *“guidarne una eventuale riforma, in prospettiva de iure condendo”*, utilizzando proprio i medesimi strumenti ermeneutici¹⁹.

In conclusione, è proprio in ragione della suddetta difficoltà definitoria e concettuale che il legislatore penale moderno, nel suo incessante dovere di riformulare un'efficace

¹⁸ F. Palazzo dal saggio *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali* - Cass. Pen. fasc. 10, anno 2015

¹⁹ Così Vittorio Manes nel saggio *Esigenza di una concretizzazione del bene giuridico tutelato* pubblicato nel febbraio del 2000, e reperibile sul sito http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-01vo.html, dove d'altra parte egli non condivide la prospettiva, allora avanzata già in sede europea, di ridisegnare la corruzione per un atto dell'ufficio come fattispecie più ampia, idonea a colpire il mercimonio stesso della funzione pubblica.

strategia di politica criminale, adatta alla mutevolezza della realtà socio-economica sottostante, affinché concretamente persegua e prevenga, sanzioni e combatta ogni genere di corruzione esistente, deve potersi costringere a ripensare continuamente concetti e categorie, ampliando o restringendo di volta in volta la sfera di prescrizione punitiva, senza timore alcuno di innovare, modificare o piuttosto di contraddirsi agli occhi della contemporanea critica dottrina²⁰. Il suo operato potrà semmai scontrarsi, nel suo momento più concretamente applicativo, con resistenze ovvero azzardi interpretativi di una giurisprudenza di merito, non di rado, spiazzata o tentennante di fronte alle nuove scelte del legislatore. E' infatti tanto più significativamente in materia di delitti di corruzione, fisiologicamente soggetti a continue sperimentazioni legislative, che assumono preponderante importanza questioni interpretative e di diritto intertemporale, nonchè più strettamente afferenti ad aspetti procedurali che dipendono da variazioni del trattamento sanzionatorio, come l'applicazione dei termini di prescrizione, la concessione della sospensione condizionale della pena, l'operatività della confisca speciale e delle nuove condotte riparatorie, fino alla paziente opera di riempimento di veri e propri vuoti legislativi più volte riscontrati dalla prassi giudiziaria.

Insomma, la nostra Corte di Cassazione, come un faro nel buio destinata a raccogliere e dissipare i dubbi del giudice di merito, che è primo interprete della norma da applicare, riveste sicuramente in subiecta materia un ruolo di responsabilità, nomofilattica e interpretativa, che più che in altri rami del diritto penale, finisce per concretarsi in statuizioni particolarmente illuminanti sotto il profilo del diritto vivente.

²⁰In senso fortemente critico verso la legislazione sostanziale ed i grandi proclami d'indirizzo politico che investono i delitti di corruzione, si veda ancora Francesco Palazzo che sottolinea da un lato "la grande e crescente differenza di scala che oggi esiste tra il fenomeno corruttivo come esso appare dalle cronache giudiziarie che occupano oggi largo spazio nei media e il nostro lavoro di cesellatori di concetti giuridici..." e dall'altro aggiunge: "sembra sempre meno probabile che il lavoro interpretativo che sposta un po' più là o un più qua il confine delle crescenti (in tutti i sensi) fattispecie incriminatrici possa davvero essere adeguato a contrastare la vastità e l'endemicità delle pratiche corruttive (...) Semmai sono le norme processuali e più ancora quelle di prevenzione che possono produrre meno effimeri e più consistenti effetti..." – vd. nota 18.

Capitolo I – Le fattispecie incriminatrici anteriori alla riforma del 2012

Un'analisi completa della riforma anticorruzione di cui alla legge n. 190 del 2012, che tenga anche debitamente conto degli immediati rilievi critici di cui essa fu oggetto da parte di dottrina e giurisprudenza, non può indubbiamente prescindere da una accorta disamina delle principali fattispecie criminali sulle quali il legislatore ha scelto di intervenire.

In particolare l'unitaria fattispecie concussiva, prevista nel vecchio art. 317, così come le fattispecie di corruzione di cui agli art. 318 e 319, già prima dell'intervento legislativo in discorso, avevano suscitato numerose e problematiche questioni interpretative, finendo per rivelare, principalmente alla giurisprudenza, tutti i loro limiti di applicabilità.

1. Le fattispecie di corruzione di cui agli artt. 318 e 319: la struttura unitaria del reato e i profili problematici annessi alla punibilità del privato corruttore e dell'incaricato di pubblico servizio.

Il nostro codice penale al Capo I del Titolo II, immediatamente dopo le varie fattispecie criminose di peculato e di malversazione ed indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, prevedeva, sin dalla sua originaria impostazione del 1930, due distinte norme dedicate alla corruzione: la corruzione impropria, di cui all'art. 318 e la corruzione propria di cui all'art. 319, rispettivamente rubricate come "corruzione per un atto d'ufficio" e "corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio".

In particolare il concetto di improprietà della corruzione si legava inscindibilmente al compimento di un atto che comunque sarebbe stato posto in essere in quanto conforme, benché indebitamente retribuito, ad un interesse di tipo pubblico che costituisce il presupposto necessario per l'attribuzione, da parte del legislatore, di un potere alla Pubblica Amministrazione.

Tale forma di corruzione in altre parole, aveva modo di estrinsecarsi soprattutto in tutte quelle ipotesi in cui fosse previsto, in termini più o meno ampi, un esercizio della discrezionalità amministrativa in capo all'amministrazione pubblica, dove il legislatore disciplina l'attribuzione del potere con sola imposizione del vincolo dell'interesse da perseguire, residuando in capo alla Pubblica Amministrazione stessa, termini più o meno ampi di scelta circa il momento concreto dell'esercizio della funzione, che deve comunque, per dirsi lecita, perseguire quell'interesse pubblico normativamente predeterminato.

Posta dunque la necessaria preesistenza in capo alla Pubblica Amministrazione, di un potere legislativamente predeterminato quanto al vincolo di funzione (o interesse pubblico da perseguire), tutte le volte in cui quella facoltà di scelta non venisse correttamente esercitata, ed in cui quindi l'esercizio del potere pubblico subisce uno sviamento rispetto al perseguimento dell'interesse cui è legislativamente preordinato, si avrebbe quello che per la dottrina amministrativistica è lo sviamento di potere, specifica figura sintomatica dell'eccesso di potere e risvolto di illegittimità dell'atto amministrativo che per ciò solo diviene annullabile.

Alla nozione formale di atto in campo amministrativo, ne corrispondeva, già nel periodo della disciplina ante-riforma del codice penale, una nozione più ampia per la giurisprudenza penale: per la configurazione del reato di corruzione impropria, il concetto di atto andava inteso in senso ampio come qualsiasi condotta, posta in essere dal pubblico ufficiale, nello svolgimento di mansioni specificamente attribuitegli dalla legge e che gli consentono di attivarsi in conformità ad un interesse pubblico da perseguire.

L'illiceità della corruzione impropria sembrava potersi dunque manifestare *in primis* nel raggio di un esercizio distorto della discrezionalità amministrativa (cd. eccesso di potere), proliferando anzitutto dove si avesse una violazione di principi che attengono al momento dell'esercizio del potere pubblico, pur conforme al perseguimento di un interesse che ne giustifica l'attribuzione: il principio di logicità-congruità dell'intervento amministrativo, quello della parità di trattamento tra situazioni di fatto simili, di trasparenza e logicità della motivazione.

Si vuol cioè sostenere che questo tipo di corruzione, riferendosi al compimento di un atto conforme ai doveri dell'ufficio, il quale a prescindere dal suo realizzarsi, costituisce di fatto la causale di una indebita retribuzione da parte del privato, presuppone comunque che il soggetto pubblico si prefiguri nel momento della ricezione di denaro o altra utilità ovvero di accettazione della promessa, che uno degli oggetti principali del *pactum sceleris* che egli viene a stringere con il soggetto privato, sia proprio la violazione di norme che attengono all'esercizio discrezionale della potestà amministrativa, mantenendo tale esercizio pur conforme al perseguimento di un interesse pubblico. Tanto che, sotto tale profilo, l'atto formalmente amministrativo eventualmente poi compiuto (ma si badi bene non necessario ai fini dell'integrazione del reato) rilevarebbe al più come annullabile.

Altra dottrina amministrativistica rileva invece come il frutto di un illecito penale, sia esso un atto od un comportamento della pubblica amministrazione, rilevarebbe più specificatamente come illiceità e quindi come causa di nullità inficiante *ex tunc* l'atto amministrativo²¹.

Si consideri infine che proprio in tema di alternativa configurabilità delle due fattispecie di corruzione, impropria ovvero propria, qualora ci si trovi in presenza di un esercizio, più o meno ampio, da parte del soggetto pubblico, della discrezionalità amministrativa, ed altresì in linea con l'orientamento sovraesposto, la Corte di Cassazione ha statuito che il solo fatto della presenza di margini più o meno ampi di discrezionalità amministrativa non varrebbe di per sé ad escludere la configurabilità della corruzione impropria in luogo di quella propria, ben potendo risultare che l'atto discrezionale compiuto o da compiere sia comunque idoneo alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, nonostante che il suo compimento sia stato fatto dipendere dalla indebita retribuzione²².

E' tuttavia doveroso sottolineare che, a discapito della suddetta distinzione normativa tra corruzione impropria di cui all'art. 318 e corruzione propria di cui all'art. 319 del codice penale, la prevalente elaborazione dottrinarica tendeva, e tende tutt'ora, a

²¹ Si veda in questo senso E. Casetta in *La responsabilità amministrativa* da *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2015.

²² L'orientamento è esposto in Corte di Cass. 4 / 2 / 2004 sent. N. 4177.

configurare il delitto di corruzione in generale, cioè nell'una come nell'altra fattispecie, come reato plurisoggettivo unitario, dotato cioè di una struttura intrinsecamente bilaterale, che pertanto implicherebbe, in entrambi i distinti casi, il concorso necessario di un privato corruttore e di un pubblico funzionario che viene corrotto: in funzione dell'esistenza di un accordo, anche detto *pactum sceleris*²³, entrambe le condotte finirebbero quindi per incontrarsi, perfezionando un'unica figura di reato.

Si aggiunga poi che, sotto il profilo della semplice costruzione normativa delle due fattispecie di corruzione originariamente previste agli artt. 318 e 319 del codice penale si evince, e si evince tutt'oggi, un centramento descrittivo del legislatore dal lato del soggetto pubblico agente: la condotta tipica era, ed è ancora lo si vedrà più avanti, semplicemente descritta dall'angolo prospettico del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che viene corrotto: verosimilmente per tipizzarne con maggior precisione la compartecipazione necessaria, dato non irrilevante ai fini di una garanzia della punibilità, in quanto *delitti dei pubblici ufficiali*.

Pertanto, le due norme penali non costituirebbero invece, come è stato in passato sostenuto da altra parte della dottrina²⁴, ciascuna ed insieme, una autonoma e distinta figura di reato (corruzione passiva) cui corrisponderebbe la gemella (corruzione attiva), incentrata invece sulla condotta dell'altro soggetto agente, necessario compartecipe del fatto di reato, il privato corruttore.

A contrastare quest'ultimo orientamento è d'altra parte lo stesso art. 321 del codice penale che nella sua precisa dizione letterale, lungi dall'atteggiarsi ad autonoma fattispecie incriminatrice, si limita ad estendere il trattamento sanzionatorio previsto per le figure di corruzione dislocate negli articoli precedenti anche al privato corruttore, a colui che cioè specularmente dà o promette al pubblico ufficiale o

²³ Così già F. Antolisei: "I comportamenti di questi due soggetti sono strettamente collegati tra loro. All'azione di chi riceve corrisponde, quale elemento immancabile, l'azione di chi dà: l'una non è concepibile senza l'altra." in *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, i reati contro la Pubblica Amministrazione* - Milano, 2008. E nello stesso senso si veda anche M. Romano, *I delitti dei pubblici ufficiali in Commentario Sistematico* - Giuffrè Editore, 2013; e ancora F. Bartolini in *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione e ai delitti di falso in bilancio* - La Tribuna, 2017

²⁴ Così, tra gli altri, A. Pagliaro in *I delitti contro la pubblica amministrazione da Principi di diritto penale, Parte Speciale* - Milano, 2000.

all'incaricato di un pubblico servizio, denaro od altra utilità, contribuendo così in via necessaria alla configurazione di un unitario delitto.

Ancora, a corroborare la tesi prevalente, la fattispecie di cui all'art. 322 del codice penale, significativamente rubricata "istigazione alla corruzione", depone per la maggior fondatezza della tesi che stigmatizza la corruzione come fattispecie unitaria, posto che il legislatore dimostra di considerare la condotta del privato come una necessaria compartecipazione al fatto del pubblico funzionario, senza il quale ultimo, ("qualora l'offerta o la promessa non sia accettata"), per l'appunto si potrebbe avere semmai soltanto il fatto dell'istigazione.

Tra gli autori che depongono per la tesi dell'unitarietà, si esprime significativamente F. Antolisei: *"Riteniamo pertanto che la distinzione dottrinarica tra corruzione passiva e corruzione attiva non possa affermare l'esistenza di due distinti reati, ma semplicemente di due aspetti di un unico fatto criminoso unitario (secondochè sia visto dal punto di vista del corrotto o da quello del corruttore)"*²⁵.

Preso atto quindi della unitarietà oggettiva del fatto criminoso, occorre precisare che il legislatore penale enucleava nell'ambito di entrambe le fattispecie prospettiche di corruzione passiva, impropria e propria, due distinte forme per così dire temporali, calibrate proprio sul momento della condotta tipica del privato corruttore (promessa o dazione di denaro), che agisce dal lato attivo: nell'ipotesi in cui questa intervenisse in vista del futuro compimento di un atto, conforme o contrario ai doveri dell'ufficio, da parte del pubblico ufficiale si sarebbe avuta corruzione antecedente; corruzione susseguente invece per l'ipotesi in cui la stessa promessa o dazione del privato intervenisse in un momento successivo, e cioè come indebita retribuzione di un atto, conforme o contrario ai doveri d'ufficio, dal pubblico ufficiale già compiuto.

La diversa collocazione temporale della condotta del privato corruttore, rispetto al momento del compimento dell'atto d'ufficio (contrario o conforme ai doveri ad esso inerenti), e quindi del momento eminentemente formativo del pactum sceleris, inteso come accordo o ancor meglio come incontro di volontà tra privato e pubblico

²⁵ F. Antolisei in *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, i reati contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008

funzionario, era immediatamente visibile nella costruzione della fattispecie di corruzione impropria di cui all'art. 318: la norma collocava infatti emblematicamente le due distinte temporalità nei suoi due distinti commi²⁶.

La distinzione era tuttavia altrettanto riscontrabile nell'unitaria descrizione della condotta tipica di corruzione propria di cui all'art. 319 e, almeno sotto il profilo della punibilità, tutt'altro che astratta.

L'art. 321 del codice penale infatti, stabiliva (e stabilisce tutt'oggi), mediante una serie di espressi rinvii, l'estensione della punibilità al soggetto privato, necessario coautore delle fattispecie incriminatrici ivi espressamente richiamate, tra le quali tuttavia non risultava, e non risulta (ma oggi come si vedrà tale dato rileva al più come mancato coordinamento normativo), la fattispecie di corruzione impropria susseguente.

Pertanto, in base alla formulazione originaria dell'art. 321 del codice penale, della corruzione impropria susseguente, prevista nell'art. 318 comma 2, rispondeva espressamente soltanto il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio corrotti, e non anche il privato corruttore. In questo caso, si era in presenza di un reato plurisoggettivo improprio, posto che la stessa dizione codicistica se da un lato escludeva espressamente la punibilità del privato, d'altra parte ne richiedeva in via necessaria l'effettiva compartecipazione, attraverso una condotta attiva di dazione, non bastando ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica di corruzione impropria susseguente, la semplice promessa *pro futuro*.

Più in generale nell'impostazione codicistica ante-riforma, se da un lato il legislatore dimostra di considerare sullo stesso piano le condotte del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, e quella del privato corruttore, dall'altro tale principio non risulta applicabile all'art. 318 comma 2, e cioè alla corruzione impropria susseguente, e ciò proprio in forza del mancato espresso rinvio a tale disposizione, che non si rinviene nel testo dell'art. 321: per stabilire la punibilità del privato

²⁶ Così F. Bartolini: “*Queste due fattispecie si rilevano direttamente dall’esplicito dettato della norma incriminatrice, allora divisa in due commi, quali aspetti descrittivi e costitutivi di altrettante figure di reato, diversificate anche nell’ammontare delle pene edittali*” in *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione e ai delitti di falso in bilancio*, Milano, 2017

corruttore lo si assoggetta alle stesse pene stabilite per il pubblico ufficiale nelle sole norme ivi espressamente richiamate, e il secondo comma della corruzione impropria, non rientra nei rinvii in discorso.

D'altra parte la mancata previsione della punibilità dal lato privato nella corruzione impropria susseguente, ha per lungo tempo costituito un sicuro baluardo normativo per la concreta perseguibilità dei fatti di corruzione *tout court*. Ed infatti, il principio della punibilità del privato, mediante mera estensione ad esso delle stesse pene stabilite per il soggetto pubblico, in forza dell'art. 321, finiva per rendere difficilmente perseguibili tutti i fatti di corruzione, ivi espressamente richiamati: difficilmente si diceva, uno dei compartecipi avrebbe denunciato l'altro, posta la sicura punibilità di entrambi.

La difficile emersione del fatto di reato, o meglio della compartecipazione di un soggetto pubblico allo stesso, era in altre parole dovuta proprio alla presenza di quella punibilità del privato - corruttore, che diveniva così restio a denunciare, e più propenso a farsi attivo promotore di dinamiche corruttive abituali.

In altre parole, il paradosso della lodevole scelta del legislatore di assoggettare alla medesima pena anche il soggetto privato, pur necessario compartecipe di una condotta unitaria, poteva così dirsi costituito proprio dalla sua funzione deterrente: il soggetto privato che per la prima volta si affacciava ad un pubblico ufficio, era cioè ben consapevole che la sua semplice promessa di un'indebita retribuzione al soggetto pubblico, lo rendeva soggetto attivo di reato, corruttore concretamente perseguibile dall'autorità, e ciò a prescindere dal successivo compimento o meno dell'atto da parte del pubblico ufficiale.

Il catalogo dei delitti significativamente rubricato "*delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*", posta la difficile perseguibilità di entrambi i soggetti-autori, diveniva così di difficile impiego diretto proprio nella fase pre-procedimentale ed in quella delle indagini preliminari: il più delle volte infatti la nostra magistratura preferiva configurare il fatto come di concussione, o come corruzione impropria susseguente, e ciò al preponderante fine di spingere il privato-corruttore a parlare,

posto che per queste due fattispecie, di cui all'art. 317 e 318 comma 2, non era prevista alcuna punibilità dal lato privato.

Si vedrà più avanti come la riforma del 2012, ed in parte anche quella del 2015, abbiano significativamente cercato di ovviare al problema della difficile emersione dei fatti di corruzione in ambito pubblico, introducendo precipui meccanismo d'incentivo alla collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Si aggiunga a tale quadro che, mentre nell'ambito della corruzione impropria, alla distinzione tra forma antecedente e susseguente, corrispondeva anche un trattamento sanzionatorio differenziato (meno grave nel secondo caso), all'interno della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, o corruzione propria di cui all'art. 319, la medesima distinzione perdeva qualsiasi risvolto sul piano edittale, risultando entrambe le due prospettive temporali semplicemente descritte in via alternativa nell'ambito di un solo comma unitario, e pertanto destinate al medesimo trattamento punitivo²⁷. Lo stesso dicasi, in forza di quanto precedentemente rilevato riguardo alla punibilità dal lato privato, per il soggetto privato corruttore.

Ulteriore distinguo concernente la punibilità veniva operato dall'originario disposto dell'art. 320, basandosi ancora una volta sulla distinzione tra corruzione impropria e propria. In particolare se da un lato veniva sancita l'estensione delle disposizioni di cui all'art. 319 (corruzione propria) anche all'incaricato di pubblico servizio, per la punibilità a titolo di corruzione impropria era invece richiesta una ulteriore circostanza qualificante: che cioè si trattasse di persona incaricata di pubblico servizio che rivestisse la qualità di pubblico impiegato.

In particolare, riferendosi alla qualifica di pubblico impiegato, divenivano perseguibili per corruzione impropria soltanto coloro che volontariamente prestassero la propria attività al servizio dello Stato o di altro ente pubblico non economico, in

²⁷ In sintesi, mentre nella corruzione impropria (art. 318) per la forma antecedente era prevista la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e per la forma susseguente quella della reclusione fino ad un anno; nella corruzione propria invece (art. 319) la distinzione non aveva alcun rilievo né sotto il profilo della punibilità, né sotto quello concretamente sanzionatorio, essendo prevista per entrambe le forme, antecedente e susseguente, la pena della reclusione da due a cinque anni.

via continuativa e dietro retribuzione, assumendo per contro particolari diritti e doveri contrattuali.

Tale apporto si deve alla *L. n. 86/1990*. Il legislatore del 1990 per la verità interviene dapprima a monte sulle due disposizioni di chiusura del Titolo II del Libro II del codice penale, e segnatamente sulle disposizioni di cui agli artt. 357 e 358, entrambe a carattere definitorio, contenenti rispettivamente la nozione di pubblico ufficiale e quella di incaricato di pubblico servizio. Entrambe le nuove nozioni, accogliendo le sollecitazioni provenienti dall'ambiente accademico, accolsero, ed accolgono tutt'ora, il così detto criterio funzionale-oggettivo: la titolarità dell'una o dell'altra qualifica di pubblico ufficiale ovvero di incaricato di un pubblico servizio, non dipendeva più dalla esistenza o meno di un rapporto di dipendenza verso la pubblica amministrazione, ma piuttosto dalle caratteristiche della funzione concretamente esercitata.

Per quel che qui preme maggiormente sottolineare, e cioè la mancata estensione delle disposizioni relative alla corruzione impropria all'incaricato di pubblico servizio che non rivesta altresì la qualifica di dipendente pubblico, rileva in particolare la definizione di cui all'art. 358, contenente per l'appunto la nozione di incaricato di pubblico servizio. In particolare il legislatore del 1990 statuisce nella norma in commento che agli effetti della legge penale è incaricato di pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, e dunque non soltanto in funzione di un rapporto di dipendenza con la pubblica amministrazione o con enti ad essa equiparati, presta un servizio pubblico. Il comma 2 dell'art. 358 aggiunge cosa debba intendersi per pubblico servizio: una attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione ma carente dei poteri tipici che caratterizzano quest'ultima, e comunque con esclusione delle semplici mansioni d'ordine o prestazione di opera meramente materiale. A fronte di tale nozione ampia di incaricato di pubblico servizio, si dovrebbe dunque ulteriormente distinguere tra incaricati di pubblico servizio che sono anche dipendenti pubblici, stabilmente inseriti, in forza dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, nell'apparato organizzativo dell'ente pubblico; e incaricati di un pubblico servizio che, pur svolgendo un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma tuttavia in carenza dei poteri tipici, non

sono stabilmente inseriti nella così detta organizzazione di apparato dell'ente pubblico. Agli appartenenti a quest'ultima categoria, sprovvisti della qualifica di dipendente pubblico, a norma dell'originaria formulazione dell'art. 320 non sarebbero state applicabili le disposizioni sulla corruzione impropria, finalizzata al compimento di un atto conforme ai doveri dell'ufficio.

L'art. 320 dunque, disponeva la punibilità della condotta dell'incaricato di pubblico servizio, che tuttavia non fosse al contempo qualificabile come dipendente pubblico, unicamente in termini di corruzione propria di cui all'art. 319 e cioè per il compimento di un atto contrario ai doveri inerenti al proprio ufficio.

La conseguenza immediata di tale impostazione era di contro l'impossibilità stessa di perseguire a titolo di corruzione impropria di cui all'art. 318 il soggetto pubblico corrotto che, pur necessario compartecipe di un *pactum sceleris* implicante il compimento di un atto conforme ai doveri del proprio ufficio (si badi bene, atto comunque non necessario ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato in discorso), non rivestisse tuttavia la precipua qualifica di "pubblico impiegato", richiesta espressamente dalla norma in discorso ai fini della sua punibilità.

In buona sostanza, per la configurabilità della corruzione impropria si richiedeva che l'incaricato di pubblico servizio fosse altresì legato da un rapporto di lavoro subordinato alla Pubblica Amministrazione o ad altro ente pubblico, entrando così stabilmente a far parte della struttura organizzativa dell'ente stesso. Diversamente, la ricezione dell'indebita retribuzione del privato, ovvero la semplice accettazione della sua promessa, per il compimento di un atto conforme ai doveri del proprio ufficio, non si sarebbe potuta dire penalisticamente rilevante in termini di corruzione impropria: e ciò in quanto l'incaricato di pubblico servizio non era in tal caso, altresì qualificabile come pubblico dipendente.

Il legislatore del 1990 rinveniva il fondamento di siffatta distinzione nella circostanza che chi svolgesse meramente un pubblico servizio, senza al contempo rivestire la qualifica di pubblico impiegato, avrebbe difettato di quella particolare sensibilità che si assume verso la Pubblica Amministrazione, proprio in ragione del possesso di

suddetta qualifica di derivazione contrattuale²⁸. Dato dunque, eminentemente formalistico.

D'altro canto, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della riforma del 1990, le principali critiche dottrinarie mosse all'operatività di siffatta distinzione ai fini della estensione delle disposizioni concernenti la corruzione impropria, investirono proprio i profili dell'effettività e della parità di trattamento.

In particolare, proprio alla fine degli anni Novanta, vennero significativamente in rilievo le caratteristiche di alcuni tra i più recenti sviluppi dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione nell'esercizio del suo potere più propriamente negoziale con il privato: tra tutte quelle della concessione di lavori e servizi pubblici essenziali. Ad una rigorosa applicazione della norma di cui all'art. 320 del codice penale infatti, conseguiva paradossalmente da un lato la non punibilità a titolo di corruzione impropria dell'operatore economico-concessionario di servizi pubblici essenziali, in quanto incaricato di un pubblico servizio per così dire 'semplice', dunque sprovvisto della qualifica di dipendente pubblico; dall'altro la sicura punibilità a titolo di corruzione impropria di un incaricato di servizio pubblico, non essenziale, che tuttavia risultasse stabilmente inserito nell'organizzazione di apparato dell'ente, e pertanto normativamente qualificabile come pubblico impiegato²⁹.

Conclusivamente, se da un lato il legislatore del 1990, nel ridefinire le nozioni generali di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio di cui agli artt. 357 e 358, accoglie il criterio oggettivo ed antiformalistico dell'attività concretamente esercitata dal soggetto, dall'altro incentra l'estensione delle disposizioni di cui all'art. 318 in materia di corruzione impropria (conformità dell'atto ai doveri dell'ufficio), sulla presenza di un dato eminentemente formale, quale lo stabile inserimento del dipendente pubblico nella struttura organizzativa della pubblica amministrazione, da cui deriverebbero precipui doveri, diversamente inviolabili.

²⁸ In tal senso Pagliaro A. da *Principi di diritto penale in Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione* - Milano, 2000

²⁹ Così Fiandaca G. e Musco E. in *Diritto Penale - Parte Speciale, Vol. 1 : Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010

1.2. Ulteriori aspetti problematici della disciplina anti-corrruzione: la concezione *mercantile* specifica, il difficile inquadramento dei faccendieri, i proscioglimenti per intervenuta prescrizione.

Nella sua Relazione al Congresso italo – spagnolo svoltosi presso l’Università degli Studi di Milano nel maggio del 2014, autorevole dottrina individua almeno tre aspetti problematici della normativa ante-riforma, tutti significativamente emersi dalla prassi applicativa³⁰.

In primo luogo, viene sottolineato il paradosso giudiziario derivante dall’operatività dell’istituto della prescrizione nei delitti di corruzione: numerosissimi all’epoca i procedimenti a carico di imputati per corruzione, destinati inevitabilmente a concludersi con il proscioglimento per intervenuta prescrizione, una volta decorsi circa sette anni e mezzo dall’evento corruttivo, e ciò nonostante la presenza di atti interruttivi, compreso l’avvio del procedimento³¹.

Era questo uno dei più discussi apporti della legge n. 251 del 2005, conosciuta anche come ex-Cirielli che introdusse un diverso meccanismo di calcolo per la prescrizione dei reati, modificando allo scopo l’art. 157 del codice penale, con il risultato di abbreviare significativamente la gran parte dei termini previsti dalla precedente disciplina, invertendo anche la logica dei meccanismi interruttivi. La legge ex-Cirielli fu poi sconfessata anche dall’allora deputato Edmondo Cirielli, suo primo proponente e firmatario, ha di fatto consentito che numerose vicende giudiziarie, spesso accompagnate da una sicura risonanza mediatica per la notorietà degli imputati accusati di fatti di corruzione, terminassero con la formulazione di proscioglimento in discorso, spesso senza trascurare di giungere sino al terzo ed ultimo grado in giudizio in Cassazione.

³⁰ F. Viganò in *I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare* su *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.01.2015.

³¹ Così F. Viganò: “L’Italia è probabilmente l’unico paese al mondo in cui la prescrizione decorre implacabile dal momento della commissione del reato sino alla sentenza definitiva, che, quando va bene in questi casi, arriva alla fine del terzo grado, in giudizio in Cassazione. Di tal che era assolutamente frequente nella prassi lo spettacolo di imputati, già ritenuti responsabili in primo e magari anche in secondo grado, prosciolti infine per intervenuta prescrizione...” - vd. nota 10.

Per la sicura risonanza mediatica, si ricorda il *caso Mills* dove in ultimo grado, alla fine del Febbraio 2010, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³² ritennero provato il reato di corruzione in atti giudiziari allora ascritto all'avvocato inglese David Mills per avere egli accettato, in diversi periodi di tempo, somme di denaro (appositamente distratte dai bilanci societari di gruppi in vario modo riconducibili all' allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi), in cambio della falsa testimonianza, da rendersi nell'ambito di altri due processi a carico dello stesso Berlusconi (Arces ed All Iberian), sull'esistenza di conti off-shore a quest'ultimo riconducibili e facenti parte del gruppo Fininvest: il tutto al generico fine di riuscire ad avvantaggiarne la posizione processuale. Secondo i giudici della Suprema Corte quindi, il Mills avrebbe sì provatamente ricevuto a titolo di retribuzione, e come pubblico ufficiale, una somma di circa seicentomila dollari con i quali Silvio Berlusconi lo ricompensava per la sua reticente e già avvenuta falsa testimonianza, ma accogliendo la tesi della difesa e dello stesso Procuratore Generale, il reato doveva dichiararsi estinto per intervenuta prescrizione, maturata verosimilmente nel Novembre del 2009³³.

Il secondo, ma centrale, aspetto problematico della disciplina ante-riforma che la dottrina in analisi sottolinea nella sua Relazione è la concezione *mercantile* specifica

³² La sentenza è del 25 febbraio 2010 N. 15208, Corte di Cass. SS.UU. dove peraltro i giudici della Suprema Corte si soffermano sulla identificazione del momento consumativo della corruzione in atti giudiziari di cui al caso specifico e più in generale sulla possibile configurabilità del reato in discorso nella forma susseguente, in forza del richiamo contenuto nell'art. 319 ter cod. pen. agli artt. 318 e 319, "*e tali disposizioni contemplano tutti i tipi di corruzione: propria, impropria, antecedente e susseguente*". Infine, si afferma nella medesima statuizione, il reato di corruzione in atti giudiziari starebbe con le corruzioni comuni in rapporto da species a genus, ed in particolare la specialità insisterebbe nella ulteriore finalità di commettere il fatto per favorire o danneggiare una parte processuale.

³³ Ma a sottolineare l'importanza del mancato proscioglimento nel merito, e l'indebita speculazione mediatica che sicuramente accompagnò l'intera vicenda processuale, così si esprime Dario Crestani: "Pur in presenza di una causa di estinzione come la prescrizione, il giudice ha, per legge, l'obbligo di assolvere l'imputato nel merito se ritiene che dagli atti risulti la sua innocenza. Nel caso di specie, la Corte non solo non lo ha fatto, ma ha confermato le cosiddette "statuizioni civili" non coperte dalla prescrizione, e cioè la condanna del Mills a risarcire i danni causati con la sua corruzione all'immagine del Governo Italiano (250 mila euro, oltre a 10 mila euro di spese), cosa che non avrebbe potuto fare se avesse ritenuto il reato inesistente" – in *La sentenza della Cassazione nel processo Mills*, pubblicato su *Il Giornale di Vicenza* del 03.03.2010 (e oggi anche reperibile su www.istrevi.it/ius).

della corruzione: “*intesa come pattuizione avente ad oggetto la compravendita di uno specifico atto, conforme o contrario che fosse ai doveri d’ufficio*”.

Secondo la prevalente dottrina³⁴ tuttavia, siffatta concezione dimostrava già allora una certa inaderenza alla conformazione per così dire più moderna del fenomeno della corruzione pubblica, che andava per l'appunto caratterizzandosi, contrariamente alla concezione burocratica del legislatore codicistico (la formula “per un atto...” era presente in entrambe le fattispecie), proprio per l’aspetto della generica stabilità del patto corruttivo, e cioè per il costante asservimento della funzione pubblica tout court agli interessi del privato corruttore, solitamente un imprenditore, che agisce in vista del compimento di un atto futuro da parte del pubblico ufficiale, non ancora determinabile nella sua specificità, ma che egli vuole anticipatamente assicurarsi già favorevole ai suoi privati interessi. Mentre cioè le fattispecie incriminatrici originariamente enucleate nel codice sembravano entrambe pretendere un necessario legame tra la dazione o la promessa corruttive, intese come prestazione indebita, ed il compimento di un atto ben individuato o determinabile quanto meno nella sua appartenenza ad una più ampia categoria di atti simili³⁵, la corruzione pubblica reale assumeva una conformazione sistemica, genericamente preordinata all’asservimento pro futuro della funzione pubblica agli interessi dell’imprenditore privato.

Già nel vigore della pregressa disciplina, la giurisprudenza della Corte di Cassazione venne inevitabilmente chiamata a sopperire al mancato svecchiamento legislativo della disciplina codicistica, riempiendo progressivamente la lacuna di tutela

³⁴ Così F. Viganò: “Una simile concezione lasciava però scoperta una tipologia di condotte, assai frequente nella realtà italiana, che è quella del pubblico ufficiale a libro paga del privato: ossia la situazione in cui il pubblico ufficiale è più o meno stabilmente retribuito dal privato mediante dazioni di danaro, regalie, benefits di varia natura...” – [vd. nota 10]; e analoga rilevazione si rinviene anche nell’analisi di F. Palazzo per il quale, anche a seguito della riforma del 2012, “le caratteristiche criminologiche della corruzione politico-affaristica sono tali da creare una certa distanza tra la realtà sociale del fenomeno e gli schemi normativi come sono rimasti cristallizzati nel codice. Il primo fattore di divaricazione è costituito dall’allentamento del nesso tra l’atto d’ufficio e il vantaggio indebito, che invece costituiva un elemento essenziale altamente caratterizzante la struttura della corruzione codicistica, chiaramente modellata sul fenomeno burocratico...” - in *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, Cass. fasc. 10, anno 2015.

³⁵ Invero così anche in Cass. pen. sez VI, sent. del 19 marzo n. 3444 / 1998 e sent. del 21 agosto N. 9517 / 1998, secondo le quali la vecchia fattispecie di corruzione impropria di cui all’art. 318 non poteva considerarsi integrata dal semplice fatto della dazione o promessa nella previsione di eventuali, futuri e imprecisati atti conformi all’ufficio.

determinata da siffatto scollamento tra siffatta impostazione burocratica del codice e il concreto atteggiarsi economico e stabilmente funzionale della corruzione pubblica.

In particolare, prima della riforma del 2012 tutte quelle condotte nell'ambito delle quali si presentava più complesso individuare con precisione l'atto o la serie di atti, emanati dal pubblico funzionario o incaricato di pubblico servizio, ma che pure costituivano manifestazione di un generico asservimento della funzione tout court agli interessi del privato, venivano funzionalmente ricondotte dalla giurisprudenza della Suprema Corte³⁶, non senza un notevole sforzo di elasticizzazione concettuale, nell'alveo dell'art. 319 del codice penale, e quindi della corruzione propria.

In altre parole, i giudici della Suprema Corte, a fronte della difficoltà di individuare singoli atti (conformi o contrari ai doveri d'ufficio), finirono per affermare che il fatto stesso di avere accettato di mettersi 'a libro paga' del privato, con relativo asservimento della pubblica funzione agli interessi di questo, integrasse il reato di corruzione propria, e quindi "un atto", come atto qualsiasi, purché contrario ai doveri d'ufficio.

Di fronte a una giurisprudenza pressoché uniforme nell'operare siffatta estensione, la dottrina mosse aspre critiche relativamente alla supposta violazione dei principi di legalità e tassatività, posto che, come sottolinea lo stesso Viganò nella Relazione in oggetto, si provvedeva alla *"pura e semplice cancellazione in via ermeneutica del requisito dell'atto, oggetto della compravendita illecita"*.

D'altra parte il filone giurisprudenziale in discorso, risalente per la verità alla fine degli anni Novanta³⁷, è stato diffusamente richiamato anche in una più recente pronuncia della Corte di Cassazione³⁸, intervenuta ad appena due anni dall'entrata in vigore della riforma anticorruzione. In quell'occasione i giudici della Suprema Corte, richiamandosi ancora al predetto orientamento, sottolineano come attraverso tale interpretazione giurisprudenziale estensiva della relazione tra promessa-dazione e

³⁶ Più di recente, vedi Corte di Cass., sez. pen. VI, sent. 8 settembre 2009 N. 34834 (Ferro) e sent. 16 maggio 2012, N. 30058 (Di Giorgio).

³⁷ Tra le altre, fanno parte dell'orientamento in discorso anche le sentenze della Corte di Cass., sez. pen. VI n. 4108 del 17.02.1996 (Cariboni), n. 5340 del 05.03.1996 (Magnano) e n. 2006 del 13.08.1996 (Pacífico).

³⁸ Corte di Cass., sez. pen. VI, sent. 26 novembre 2014 N. 49226.

atto d'ufficio, si sia progressivamente affermato ricadere nel reato di corruzione propria di cui all'art. 319 *“anche l'accordo avente per oggetto una pluralità di atti, non preventivamente fissati, ma pur sempre determinabili per genus mediante il riferimento alla sfera di competenza o all'ambito di intervento del pubblico ufficiale o, più schiettamente e senza perifrasi, i pagamenti eseguiti in ragione delle funzioni esercitate dal pubblico ufficiale, per retribuirne genericamente i favori, sì da ricomprendervi l'ipotesi del c.d. asservimento della funzione pubblica agli interessi privati”*.

In generale, la giurisprudenza degli anni immediatamente successivi alla riforma del 2012, faticherà visibilmente ad utilizzare la nuova fattispecie ampia di corruzione per l'esercizio della funzione enucleata dal legislatore, sembrerebbe quasi ad hoc, nel nuovo art. 318 del codice penale.

Si vedrà infatti più oltre nel corso della presente trattazione come l'esigenza della predetta estensione pretoria dell'originaria fattispecie di corruzione propria, sarebbe in ipotesi dovuta venir meno proprio con la riforma anticorruzione di cui alla L. 190/2012, che ha opportunamente provveduto a riscrivere l'art. 318 (vecchia corruzione impropria), recependo così il filone giurisprudenziale appena analizzato, e rubricando significativamente la nuova fattispecie incriminatrice con l'eloquente formula di “corruzione per l'esercizio della funzione”.

Ci vorrà tuttavia qualche anno perché la giurisprudenza, inizialmente refrattaria ed affezionata al vecchio orientamento, riesca a sperimentare a pieno la portata applicativa dell'art. 318.

Infine, il terzo ed ultimo profilo di problematicità individuato attiene ad una presunta lacuna normativa. Quid iuris, sottolinea l'autore, nel caso in cui nel concreto atteggiarsi dei rapporti intercorrenti tra privato corruttore e soggetto pubblico corrotto, si inserisca l'imprescindibile mediazione di un terzo soggetto, sprovvisto di qualifica pubblicistica, ma che tuttavia, accettando la corresponsione di denaro da parte del privato, si presti attivamente all'instaurarsi stesso del rapporto corruttivo, proponendosi di rendere così possibile non solo, e non necessariamente, l'incontro materiale tra i due soggetti ma anche e soprattutto l'incontro delle loro stesse

volontà? Si tratta cioè del problema della mancata considerazione codicistica della proposta opera di mediazione da parte di soggetti comunemente definiti ‘faccendieri’, che pure nel nostro Paese “*svolgono una reale funzione di intermediazione tra privati corruttori e pubblici ufficiali corrotti, o comunque agevolmente corruttibili*”.³⁹

Anche in questo caso, la prassi giurisprudenziale, ha reagito cercando di abbracciare le situazioni di mediazione in discorso mediante un opportuno allargamento della allora fattispecie di millantato credito di cui all’art. 346 del codice penale, ma finendo per enucleare una fattispecie a creazione pretoria di traffico d’influenze, comunque diversa da quella che verrà successivamente introdotta ad opera della novella del 2012 nel nuovo art. 346 bis cod. pen.

L’orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità⁴⁰, antecedente alla riforma del 2012, si accontentava in particolare della semplice verifica di una condotta caratterizzata dal mero vantare una conoscenza in ambito pubblico, e reputata pertanto di per sé stessa bastevole ed idonea, a prescindere da una sua reale ed effettiva consistenza, a configurarsi come tipica.

Il comodo risultato dell’interpretazione estensiva in discorso era quello di permettere alla fattispecie legale di millantato credito di ricomprendere nella sua sfera di prensione punitiva un eterogeneo ventaglio di ipotesi, comprese quelle in cui il soggetto attivo avesse vantato un’influenza davvero esistente sul pubblico ufficiale, e non ingannevolmente ‘millantata’. In tale ottica infatti, la vanteria, quale elemento caratterizzante la condotta tipica, ed intesa ampiamente come formale esagerazione, poteva anche in ipotesi riferirsi al dato di una reale possibilità d’influenza sul

³⁹ Così F. Viganò, per il quale la previgente disciplina “lasciava scoperta la situazione, pure frequente nella realtà italiana, in cui il denaro viene corrisposto non direttamente al pubblico ufficiale, ma a soggetti, spesso qualificati nel gergo giornalistico, e talvolta giudiziario, come faccendieri” – [vd. nota 10]; e si veda anche F. Bartolini, che commentando la carenza normativa in discorso, riscontrata pure dalla prassi giudiziaria pregressa, significativamente afferma “vasti settori della politica e dell’economia erano legati da intrecci di relazioni affaristiche inconfessabili, in un clima di malcostume diffuso a livello di sottogoverno e partitico, in collusione con il mondo delle grosse imprese e della finanza...” – [vd. nota 6].

⁴⁰ Così in particolare in Corte di Cass. Sez. VI, sent. 2 aprile 1997, n. 4915 e sent. 21 aprile 2011, n. 27973 e 15 settembre 2011, n. 41063; ancora in Corte di Cass. Sez. II, sent. 15 novembre 2011, n. 47906.

soggetto pubblico che tuttavia, agli occhi del privato corruttore, veniva semplicemente esagerato.

In concreto, il gerundio *millantando* presente nel dispositivo della norma veniva interpretato come sinonimo di *vanteria*, “*e la vanteria può sottendere realtà eterogenee, così schematizzabili: (i) nessun reale rapporto; (ii) l'esistenza di un qualche effettivo rapporto (però assai meno significativo rispetto a come millantato); (iii) la reale esistenza di un rapporto, nei termini di cui si fa vanto (o addirittura ancora più forti)*”⁴¹.

Conclusivamente, per la giurisprudenza pre-riforma, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 346 comma 1 del codice penale rinveniva il proprio bene giuridico tutelato non solo nel prestigio della p.a., ma anche e soprattutto nei valori costituzionali di buon funzionamento ed imparzialità, posto che, grazie alla suddetta operazione ermeneutica, si ricomprendeva in un unico modello legale sia l'ingannevole e truffaldina ‘vendita di fumo’ del semplice millantatore, “*sia il mercanteggiamento della (indebita) mediazione da parte di colui che “spende” relazioni e contatti realmente “coltivati”, senza alcun tipo di inganno (almeno sotto tale profilo)*”⁴².

L'interpretazione estensiva in discorso, che affermava in buona sostanza l'irrelevanza dell'esistenza o meno di una reale influenza - permettendo verosimilmente, sul piano squisitamente processuale, di evitare la verifica sulla natura del rapporto intercorrente tra il millantatore e il destinatario di detta conoscenza qualificata - avvenne peraltro, anche in questo caso, con buona pace di larga parte della dottrina che criticava duramente siffatta operazione ermeneutica. Lo stesso autore, nella Relazione in commento, definisce tale creazione giurisprudenziale come una “*soluzione essa pure problematica, sotto il profilo del nullum crimen, posto che l'espressione ‘millantare credito’ pare riferirsi piuttosto, dal punto di vista del significato comune, esclusivamente all'ipotesi in cui l'agente vanta rapporti in effetti inesistenti con il pubblico ufficiale, ingannando così il privato che effettua il pagamento o la promessa; il quale, del tutto conseguentemente, non dovrebbe essere*”

⁴¹ Così P. Veneziani analizza la giurisprudenza allora prevalente in *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite* - Cassazione Penale, fasc.4, 2016

⁴² Preciso nelle conclusioni ancora P. Veneziani – [vd. nota preced.]

punito, proprio in quanto vittima di un inganno, in definitiva assai simile ad una truffa.”⁴³

Si perveniva così alla palese distonia di risultato di un’operazione ermeneutica che, mentre giungeva al lodevole scopo di ricomprende la condotta dei faccendieri nella sfera di pressione punitiva di una norma penale (in questo caso il millantato credito di cui all’art. 346 comma 1), finiva per scontrarsi col limite letterale e intenzionale di quello stesso dettato normativo, senza potere cioè infliggere al soggetto privato - che pure sceglieva di appoggiarsi a siffatta influenza per trarne un qualche vantaggio illecito – quella punibilità che in primis il legislatore aveva inteso escludere ⁴⁴.

Conclusivamente alle osservazioni fin qui effettuate sulle caratteristiche intrinseche della struttura unitaria del reato di corruzione, sull’operatività stessa delle due distinte fattispecie enucleate negli artt. 318 e 319, anche come definita rispetto alla punibilità del soggetto privato e dell’incaricato di pubblico servizio, appare sicuramente più chiara la complessità del panorama normativo antecedente alla riforma del 2012, ed altresì la problematicità della presunta lacuna normativa che la

⁴³ Ancora, tra coloro che escludono la punibilità di colui che aderisce alla millanteria già Vincenzo Manzini, per il quale il compratore di fumo non può ritenersi concorrente del millantatore, stante la diversità della partecipazione soggettiva, posto che “mentre l’uno vuol vendere fumo, l’altro suppone, al contrario, di comperare arrosto...” – in *Diritto Penale Italiano, Vol. V: Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l’amministrazione della giustizia - UTET 2008*; e si veda in tal senso anche F. Antolisei che più radicalmente escludeva la responsabilità in discorso perché il compratore di fumo è in realtà solo “vittima del millantatore, ed è invece l’azione di quest’ultimo, e non anche l’adesione della vittima, che lede l’interesse tutelato dalla norma” – in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II, Giuffrè Editore, 2008*; e conclusivamente Paolo Veneziani “La sotto-fattispecie caratterizzata da assenza di inganno, che si aggiunge al nucleo per così dire originario del millantato credito, può peraltro risultare distonica rispetto alla mancata previsione legale della punibilità di colui che si rivolge al mediatore, retribuendolo per ottenerne i servizi, perpetrando comunque forme indebite di pressione nei confronti del pubblico ufficiale o impiegato” e ancora: “Dal punto di vista dello scopo della norma, se il legislatore avesse voluto punire il reale traffico di influenze, avrebbe previsto la punibilità anche del soggetto che si rivolge a colui che esercita siffatto commercio...” – [vd. nota 21]

⁴⁴ Eloquente in questo senso, Cass. Sez. Un. 2 aprile, 2010 N. 12822, dove addirittura si afferma che il reato di millantato credito “è configurabile anche quando l’iniziativa parte dal soggetto passivo”, non occorrendo a tal fine che l’agente vada alla ricerca della persona alla quale offrire la sua illecita ingerenza, giacchè il bene giuridico del prestigio della P.A. risulterebbe offeso dal solo mercanteggiamento della pretesa influenza: in pratica si affermava la punibilità dell’influencer, ma non di chi in ipotesi ne avrebbe concretamente richiesto la mediazione!?

giurisprudenza ha pure faticosamente tentato di colmare per quanto riguarda l'emergente figura, in quegli anni, dei così detti 'faccendieri'.

2. La concussione: storia di una fattispecie unitaria, fondata sul metus publicae potestatis, la concussione ambientale.

L'ultimo intervento normativo, anteriore alla riforma del 2012, sulla fattispecie di concussione tipizzata nell'art. 317 del codice penale, si deve alla L. n. 86/1990. Il delitto di concussione, nella sua versione immediatamente antecedente alla riforma del 2012, puniva così indistintamente, con la reclusione da quattro a dodici anni, sia il pubblico ufficiale e sia l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringesse o inducesse taluno a dare o promettere indebitamente, per lui o per un terzo, denaro od altra utilità. Nella struttura della fattispecie tipica compaiono pertanto come possibili autori del reato, sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio, e la prospettazione nell'ambito della condotta tipica di due forme della stessa: costrizione ovvero induzione.

E tuttavia, una lettura storica e prospettica della fattispecie incriminatrice in discorso, permette di rilevare come l'intervento riformatore del 1990 si sia in buona sostanza limitato ad affiancare all'originario unico soggetto attivo di reato (il pubblico ufficiale), anche l'incaricato di pubblico servizio⁴⁵ e, conseguenzialmente ad aggiungere all'abuso di funzioni, tipicamente riferibili al pubblico ufficiale, anche l'abuso dei poteri. Da ultimo, viene soppressa la previsione della pena pecuniaria⁴⁶.

⁴⁵ **n.d.r.** si vedrà più avanti nel corso della trattazione come per la verità anche nei successivi interventi legislativi, l'incaricato di pubblico servizio entrerà ed uscirà dalla fattispecie tipica di concussione prevista dall'art. 317, quasi a costituire un mero esercizio di stile del legislatore, che appare quantomeno inconsapevole delle conseguenze sul piano pratico dello *jus superveniens* di questi reiterati interventi sul soggetto attivo, restringendo ed allargando, di volta in volta, la categoria dei possibili autori di reato. A seguito della riforma del 2012, unico soggetto attivo del reato tornerà ad essere, lo vedremo, il solo pubblico ufficiale.

⁴⁶ E vedi in tal senso Romano M. che, sulle modifiche operate dalla riforma del 1990, rileva: "*...lasciando tuttavia intatta la struttura del reato e limitandosi a sopprimere, d'altra parte come in tutto il settore, la previsione accanto alla reclusione (rimasta di uguale entità) della pena pecuniaria. Mutamenti questi che erano comunque stati di minore impatto rispetto al passaggio dal codice penale del 1889 (Zanardelli) al codice Rocco...*" - in *I delitti dei pubblici ufficiali* da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

Il codice Zanardelli del 1889 prevedeva in realtà due distinte figure di concussione, enucleate nell'ambito di fattispecie incriminatrici autonome: una concussione per costrizione, anche detta concussione violenta, ed una concussione per induzione, anche detta concussione fraudolenta. Si aggiunga poi che nell'ambito della concussione fraudolenta era ricompresa anche la condotta del pubblico ufficiale che ricevesse denaro od altra utilità dal soggetto passivo, semplicemente giovandosi dell'errore in cui fosse incorso quest'ultimo, errore non necessariamente dipendente da una iniziativa comportamentale attiva del pubblico ufficiale stesso (cd. concussione negativa). All'autonomia delle due fattispecie corrispondeva altresì un trattamento sanzionatorio differenziato, sintomatico riflesso del differente disvalore che il legislatore attribuiva alle due condotte: in particolare, minore anti giuridicità dei fatti di induzione, rispetto a quelli di coercizione violenta⁴⁷.

Una vera e propria svolta nella struttura della fattispecie tipica si avrà con il codice penale Rocco del 1930 che riscriverà in una singola ed autonoma fattispecie incriminatrice entrambe le condotte di costrizione ed induzione, equiparandole sul piano del trattamento sanzionatorio, salvo ricomprendere la predetta concussione negativa nell'ambito del delitto di peculato, di cui costituisce ad oggi un'ipotesi particolare. E tuttavia la parificazione in termini apparentemente di fungibilità tra la condotta costringitiva e quella induttiva, nell'ambito della medesima fattispecie astratta, ha dato luogo ad un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale, concentratosi prevalentemente sul significato da attribuire al termine induzione e quindi alla natura dei suoi rapporti con la condotta costringitiva.

In particolare, per una prima tesi minoritaria, ma pure seguita da autorevole dottrina⁴⁸, il significato del termine induzione era da rinvenire nell'ambito di una interpretazione sistemica della fattispecie astratta, e da identificarsi quindi esclusivamente nella induzione in errore. A seguito della condotta induttiva

⁴⁷ Vedi codice Zanardelli del 1889: art. 169 per la concussione per costrizione ed art. 170 per la concussione fraudolenta. La concussione per costrizione in particolare veniva punita con la reclusione da tre a dieci anni, mentre per la concussione per induzione erano previsti limiti edittali di pena compresi tra uno e cinque anni di reclusione.

⁴⁸ Così tra gli altri, Pagliaro A. in *Principi di diritto penale, Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.

ascrivibile al soggetto attivo pertanto, il privato si sarebbe determinato a dare o a promettere, con atto pregiudizievole per il proprio patrimonio, perché segnatamente ingannato, indotto in errore, dal pubblico ufficiale. La condotta induttiva, caratterizzata dall'esistenza di una connotazione fortemente ingannevole, racchiuderebbe in sé in altre parole tutto il significante della autonoma concussione per induzione, non a caso anche detta concussione fraudolenta, di cui al codice Zanardelli del 1889.

Tale tesi minoritaria con l'indiscutibile pregio di operare una netta distinzione tra le due condotte, di costrizione e di induzione, prestò tuttavia il fianco alle critiche di chi per contro ravvisava proprio in suddetta polarità concettuale, una dissonanza ingiustificabile, specie sotto il profilo della parità del trattamento sanzionatorio: impossibile si diceva, che il legislatore avesse voluto intendere in termini di mera alternatività e fungibilità, due condotte così distanti, sottoponendoli pertanto al medesimo trattamento sanzionatorio, senza alcuna distinzione tra le stesse sotto il profilo dell'antigiuridicità⁴⁹. Riassumendo la portata delle critiche in discorso, Romano M.: *“Non sembrava plausibile che significati così distanti potessero trovarsi l'uno accanto all'altro, e trattati esattamente allo stesso modo, nella medesima norma incriminatrice. All'opposto, l'equiparazione formale tra costrizione ed induzione nell'art. 317 invitava a considerare l'eventualità che il codice vigente avesse deliberatamente inteso avvicinare i due casi, proprio al fine di valorizzarne un fondamentale elemento comune”*⁵⁰.

Al predetto orientamento, che espressamente privilegiava una lettura storico-sistemica della nuova fattispecie di concussione, la tesi dominante⁵¹ si opponeva tuttavia anche in base al cd. argomento storico, proponendosi essa in luogo dell'altra, come più fedele al passaggio dal codice del 1889 a quello attuale. Quest'ultimo

⁴⁹ In tal senso si esprimono Fiandaca G. e Musco E. in *Diritto Penale - Parte Speciale, Vol. I: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010.

⁵⁰ Così sempre Romano M., che espone gli orientamenti in discorso nell'ambito dell'analisi del nuovo delitto di induzione alla corruzione di cui all'art. 319quater c.p., introdotto dalla riforma del 2012 – [vedi nota 26].

⁵¹ Così tra gli altri Manzini V. in *Diritto Penale Italiano – Vol. V : dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Milano 2008. E stranamente, lo segue anche Antolisei F. in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II - Milano*, 2008.

orientamento infatti propose un'interpretazione della condotta di induzione aperta a ricomprendere, non soltanto la condotta propriamente ingannevole del pubblico ufficiale (e quindi induzione come induzione in errore), ma anche ogni sua diversa azione di mero convincimento, a carattere più latamente persuasivo.

In quest'ultimo caso il pubblico ufficiale persuaderebbe cioè il privato, a determinarsi nel senso di dare o promettere un indebito, rendendosi autore di comportamenti che più che per la capacità ingannevole (e quindi si potrebbe dire per la connotazione fraudolenta) si distinguerebbero per l'idoneità suggestiva, avente ad oggetto la volontà del soggetto passivo. Invero quindi per l'orientamento della dottrina maggioritaria, ai fini della rilevanza penale della condotta tipica di induzione, rilevarebbe anche soltanto la così detta 'influenza significativa' (dunque influenza e non coartazione, nemmeno ingannevole), la quale a sua volta dovrebbe presentarsi concretamente idonea ad inficiare la libera formazione della volontà nel soggetto passivo. Addirittura detta tesi, riteneva configurabile il delitto di concussione quand'anche il privato non fosse stato cosciente del carattere propriamente indebito di quanto si apprestasse a dare o promettere.

Rispetto all'orientamento minoritario, incline a racchiudere nel termine induzione soltanto l'induzione in errore del soggetto passivo, la tesi dominante dunque non si accontentava di rinvenire nella nuova condotta induttiva lo stesso significato di cui all'autonoma concussione per induzione o fraudolenta, presente nel codice Zanardelli, preferendo richiamarsi piuttosto anch'essa a risalente orientamento che, vigente il codice penale del 1889, attribuiva all'induzione un significato più ampio. Già prima del codice Rocco, l'induzione veniva ricollegata, prima ancora che all'inganno ed alla frode, alla *coazione implicita*, e segnatamente all'impiego da parte del soggetto attivo di “*mezzi di persuasione, facendo intendere alla persona l'utilità di condiscendere alle voglie del funzionario o subordinatamente ispirando il timore di un danno in caso di rifiuto*”⁵². Tale significato ampio, e storicamente accreditato, del termine induzione, manifestava l'indiscutibile pregio di avvicinare maggiormente questa condotta alla gemella fattispecie costrittiva presente nel codice

⁵² Così M. Romano citando il giurista italiano Giovanni Battista Impallomeni che così già commentava il codice penale Zanardelli del 1889 – in [vd. nota 26].

Zanardelli, giustificando così l'equiparazione formale di entrambe nell'ambito della medesima unitaria fattispecie incriminatrice, poi riscritta dal successivo codice Rocco del 1930. L'induzione quindi si allarga, nel suo significante, fino a ricomprendere anche il convincimento mediante suggestione, operato attraverso allusioni, anche tacite, lusinghe, ammiccamenti, blandizie comunque idonee a premere significativamente sulla volontà dell'interlocutore.

Ed anzi, per la tesi maggioritaria, i mezzi artificiosi, la connotazione ingannevole ed in generale l'induzione in errore del privato, sarebbero stati caratteri da escludersi dall'area del significante comune dell'induzione concussiva di cui all'art. 317abr: *"l'art. 317 menziona l'induzione, e non l'induzione in errore, l'abuso della qualità e dei poteri, ma non gli artifici o i raggiri"*⁵³. In particolare quindi, mentre l'induzione rilevante per l'integrazione della condotta tipica di concussione, in forza del disposto letterale di cui all'art. 317abr, doveva riferirsi unicamente al momento della formazione della volontà del soggetto passivo (e ciò analogamente a quanto accadeva per la costrizione), l'errore veniva considerato dalla dottrina dominante un *quid pluris* che la tesi minoritaria arbitrariamente aggiungeva al significato normale di induzione. In tal senso Romano M. rileva il pericolo di un equivoco interpretativo tutt'altro che irrilevante, posto che suddetta tesi minoritaria introduceva *"anche una possibile coincidenza tra concussione (appunto per induzione in errore) e truffa aggravata dalla qualità dell'agente di cui all'art. 640 e 61 n. 9 cp: conclusione che, nel silenzio della legge al riguardo, non era accettabile, dato l'enorme divario di disvalore dei due reati, reso evidente dalle rispettive pene edittali"*⁵⁴.

⁵³ L'affermazione risale autorevolmente al Pannain R. in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* – Napoli, 1966. Ma così anche più recentemente M. Romano che a conclusione dell'orientamento richiamato, rileva: *"se era vero che l'abuso poteva nel singolo caso presentarsi anche come artificio o raggiri (e pertanto cagionare un errore), pure l'induzione aveva un ordinario, comune significato di 'determinazione' e 'orientamento', che con l'errore non ha nulla a che vedere..."* - in *I delitti dei pubblici ufficiali* da *Commentario Sistemático del Codice Penale*, Milano, 2013.

⁵⁴ A sostegno della criticata coincidenza tra le due fattispecie di concussione e truffa aggravata si veda Manzini V. che giunge perfino ad affermare la possibile coincidenza tra le due fattispecie incriminatrici, con il medesimo fatto a costituire sia concussione che truffa aggravata, e tuttavia applicazione della sola concussione di cui all'art. 317abr *"perché speciale"* – in *Diritto Penale Italiano, Vol. V: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2008. Parzialmente a favore invece della tesi maggioritaria, che qui si vuol sostenere, parte della giurisprudenza ha ritenuto che i due

Conclusivamente, costrizione ed induzione, unitariamente presentate nell'ambito della medesima condotta tipica, avrebbero in comune il medesimo effetto provocato sulla volontà del privato che, subendo un abuso della qualità o dei poteri, nella forma della coazione forte (costrittiva) ovvero della coazione debole (induttiva), si determina suo malgrado, *obtorto collo*, e in entrambi i casi, a dare o promettere un indebito, ciò che egli sa non dovuto⁵⁵.

Per quanto riguarda il panorama giurisprudenziale anteriore alla riforma del 2012, secondo l'orientamento prevalente consolidatosi in seno alla Corte di Cassazione, sin dai primi anni duemila, caratteristica unitaria, momento unificante e necessariamente presente per la valida configurazione di entrambe le forme della condotta tipica di concussione, e dunque sia per la costrizione che per l'induzione, era il così detto *metus publicae potestatis* sussistente in capo al privato-soggetto passivo, ovverosia il timore della pubblica autorità. Più in particolare tale elemento doveva consistere non in una generica posizione di supremazia (sempre connaturata alla qualifica pubblica del soggetto agente), ma segnatamente nel concreto abuso della propria qualità o funzione; ed era proprio l'esternazione di siffatto abuso da parte del pubblico soggetto agente a costringere, ovvero ad indurre il privato, alla indebita promessa o dazione⁵⁶.

delitti di concussione e truffa aggravata ex art. 61 n. 9, si differenzierebbero perché mentre nella concussione l'abuso costituisce la causa stessa dell'induzione in errore, e comunque un elemento centrale della struttura tipica del reato, nella truffa aggravata esso costituirebbe invece la mera occasione per perpetrare la condotta tipica a mezzo di artifici o raggiri, vd. art. 640 cp, e quindi correttamente una circostanza aggravante di tale ultima fattispecie.

⁵⁵ La conclusione - specie sul carattere della determinazione del privato che, *obtorto collo*, si determina a dare o promettere comunque ciò che egli sa essere indebito - è in questi termini condivisa anche da Fiandaca G. e Musco E. in *Diritto Penale - Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010; e altresì Romano M. che aggiunge: "*perché vi sia concussione, sia nel caso in cui risulti costretto, come quando sia indotto, il privato deve rendersi conto di dare o promettere il non dovuto*" - [vd. nota 33].

⁵⁶ Così in Corte di Cassazione sent. N. 6073/2004 ed altresì in sent. N. 443/2005 dove si precisa ulteriormente che costrizione ed induzione non si identificano nella semplice posizione di superiorità che il pubblico soggetto agente può vantare rispetto al privato, essendo necessario che tali condotte siano in qualche modo qualificate, ovverosia prodotte, estrinsecate dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, con relativo abuso della sua qualità o dei suoi poteri. Di conseguenza, la pretesa ed indebita promessa o dazione devono in astratto porsi come effetto diretto e causalmente riconducibile a siffatta coazione psicologica attivamente esternata dal pubblico ufficiale.

Si è detto che per una parte della prevalente dottrina, l'originaria configurazione della fattispecie di concussione, antecedente alla riforma del 2012, proponeva le condotte tipiche di costrizione ovvero di induzione del soggetto pubblico agente, in termini di mera alternatività. La costrizione e l'induzione pertanto, nell'ambito di un'unica figura delittuosa, vennero semplicemente identificate con le possibili modalità attuative del suddetto *metus publicae potestatis*, ingenerato dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, attraverso l'abuso della funzione o dei poteri, momento portante della struttura delittuosa. In particolare la fattispecie di concussione per induzione era semplicemente una modalità alternativa e fungibile per la realizzazione della concussione, come tale unanimemente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza prevalenti⁵⁷ che anzi non rilevavano nella stessa alcun profilo di minor antigiuridicità. Anzi, la previsione di un unico ed indifferenziato trattamento sanzionatorio era forse la prova più tangibile del rapporto di alternatività fungibile esistente tra le due condotte in discorso.

Si tenga pur tuttavia debitamente conto del fatto che, in questa prima fase, protesa a giustificare l'equiparazione formale operata dal legislatore, di costrizione ed induzione, nell'ambito di una sola fattispecie tipica, si rinviene ben presto un notevole sforzo interpretativo della giurisprudenza della Cassazione, volto alla definizione precisa dei caratteri dell'unitario *metus publicae potestatis*, specie in ragione di suddetta previsione nell'ambito di un'unica fattispecie incriminatrice astratta, di due forme alternative di condotta tipica: costrizione ovvero induzione.

Così, tale *metus*, da momento unificante le due forme di condotta concussiva, divenne in giurisprudenza oggetto di una certosina opera di progressiva specificazione da parte della stessa Suprema Corte che finirà per calibrarlo diversamente a seconda che la concussione avvenga propriamente per costrizione, ovvero per induzione con persuasione ovvero ancora per induzione con frode. Tale orientamento, manifestante indubbiamente uno sforzo ermeneutico di carattere

⁵⁷ Così anche Fiandaca G. e Musco E. in *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. I delitti dei pubblici ufficiali* - Bologna, 2002 ed altresì Pagliaro A. in *Principi di diritto penale, Parte speciale Vol. I delitti contro la pubblica amministrazione* - Milano 2002. Per la giurisprudenza conforme alla tesi della mera alternatività si veda inoltre Cass. sez. pen. VI, sent. 01-10-2003 N. 49538 (Bortolotti).

formalisticamente classificatorio, nel buon intento di specificare un elemento sicuramente indispensabile ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica, finiva tuttavia per relegarlo alla specificità dell'estrinsecarsi della stessa, tipizzandola ulteriormente, con conseguente restringimento significativo della sfera di presione punitiva e ritorno, per così dire 'giurisprudenziale', della connotazione fraudolenta.

In particolare la Cassazione ha è statuito che nella concussione *per costrizione* il *metus* si sarebbe risolto nel timore per le minacce espressamente avanzate dal pubblico ufficiale; nella concussione *per induzione persuasiva*, esso sarebbe invece consistito nella mera soggezione ad una posizione di preminenza, purché opportunamente appalesata dal pubblico soggetto agente; infine nella *induzione attraverso frode*, il timore del privato veniva finalisticamente rivolto alle conseguenze che a lui sarebbero potute derivare da un comportamento difforme da quello prospettato dal pubblico ufficiale, e ciò a seguito di maliziose ed inventiere prospettazioni di quest'ultimo.

Significativamente, pochi anni prima della entrata in vigore della riforma del 2012, la stessa Corte di Cassazione adottò un orientamento diverso rispetto all'elemento del *metus*, evidentemente assai meno descrittivo. Il *metus publicae potestatis* viene così concettualmente ampliato, anche al fine di favorire una opportuna riestensione della sfera di presione punitiva della fattispecie di concussione, fino a ricomprendervi non solo la concreta coartazione della volontà del privato attraverso l'esplicita minaccia di un danno (costrizione) ovvero la sua induzione in inganno (semplice induzione), ma altresì, partendo da una nozione assai lata di induzione, anche la semplice repressione della volontà del soggetto passivo derivante dalla sola posizione di preminenza del pubblico ufficiale, il quale pur senza avanzare esplicite ed aperte pretese, di fatto "*agisce in modo tale da ingenerare nella vittima la fondata convinzione di dover sottostare alle sue decisioni, onde evitare il pericolo di subire un pregiudizio, inducendolo così a dare o promettere denaro od altra utilità...*"⁵⁸.

⁵⁸ L'orientamento in discorso è rinvenibile in Corte di Cass. sent. N. 46514/2009. In generale e come in dottrina, ad un orientamento eminentemente formalistico che tende a specificare ulteriormente il *metus* nell'ambito della condotta induttiva (per persuasione ovvero ancora per frode), si rinviene un orientamento più estensivo, che amplia il concetto di induzione e

L'orientamento estensivo in discorso, aprì indubbiamente la strada all'enucleazione da parte della giurisprudenza della Cassazione, della fattispecie pretoria di concussione ambientale⁵⁹, intesa come figura di concussione implicita al dettato normativo di cui all'art. 317, realizzata attraverso taciti comportamenti suggestivi che inducono la vittima a convincersi dell'ineluttabilità dell'indebita dazione o promessa, in forza dell'esistenza di una prassi diffusa, ovvero di accordi o consuetudini dell'ufficio, verso le quali di volta in volta il privato percepisce di doversi inevitabilmente adeguare. Per configurare la concussione ambientale tuttavia, per la giurisprudenza prevalente, si richiedeva comunque la prova necessaria della consumazione da parte del pubblico ufficiale di uno specifico comportamento costrittivo ovvero induttivo ed altresì il suo collegamento causale con la correlativa ed indispensabile situazione di soggezione del soggetto privato. Sul punto appaiono decisive le conclusioni della VI^o sezione penale della Cassazione svolte già sul finire degli anni Novanta⁶⁰ che, a proposito dell'utilizzo della locuzione 'concussione ambientale', preoccupata di dare una legittimazione normativa alla figura di creazione giurisprudenziale, avvertiva che con essa si era inteso riferirsi *“unicamente a particolari modalità dell'atteggiarsi della condotta tipica di cui all'art. 317, ma non anche ad estenderne il paradigma normativo”*. Si precisava quindi, nell'ambito della medesima decisione, che la giurisprudenza aveva semplicemente preso atto del fenomeno, già all'epoca definito come *“particolarmente diffuso”*, di un *“sistema di illegalità imperante”* nell'ambito di alcune sfere della pubblica amministrazione. In simili casi dunque, la condotta di costrizione ovvero di induzione da parte del pubblico ufficiale poteva realizzarsi anche attraverso *“il riferimento ad una sorta di convenzione o prassi, tacitamente riconosciuta, che il pubblico ufficiale fa valere e che il privato subisce, nel contesto di una comunicazione resa soltanto più semplice per il fatto di richiamarsi a regole già codificate”*. Per la giurisprudenza prevalente dunque ciò non voleva dire che si potesse assolutamente prescindere da un

dunque quello di metus, anche qui al fine di giustificare l'equiparazione, descrittiva e sanzionatoria, alla condotta costrittiva, nell'ambito dell'unitaria fattispecie tipica.

⁵⁹ In tal senso si è espressa chiaramente la Corte di Cassazione nella sent. 15-06-2011 N. 24015

⁶⁰ Ci riferiamo ad una delle prime sentenze in materia di concussione ambientale, in particolare a Cass. pen. sez. VI, 13-07-1998, N. 13395 (Salvi).

comportamento comunque costringitivo ovvero induttivo del pubblico ufficiale, *“ma soltanto che la condotta costringitiva o induttiva può realizzarsi ed essere colta in comportamenti che, ove mancasse il quadro ambientale descritto, potrebbero essere ritenuti penalmente insignificanti”*.

In particolare, nell’ambito della configurabilità della concussione ambientale, la Suprema Corte, anche a seguito della riforma del 2012, ergerà proprio lo stato di soggezione del privato a criterio precipuamente distintivo tra concussione ambientale e corruzione⁶¹, opportunamente distinguendo tra il privato che subisce una illecita prassi dell’ufficio (cd. quadro ambientale concussivo) ed il privato che di contro *“scientemente si avvale di un meccanismo illecito, diffusamente permeante l’operatività dei pubblici uffici, al fine di ottenerne anch’egli un indebito vantaggio, contribuendo così al complessivo funzionamento criminoso di una macchina amministrativa illecita”*. Chiaramente, corruzione propria, quand’anche ambientale in quest’ultimo caso. In posizione diametralmente opposta alla tesi sovraesposta, si poneva già l’Antolisei che pure parte da una diversa e ancor più ampia concezione di induzione (cd. concussione implicita): *“Per quanto contestato da alcuni autori riteniamo che per l’induzione non occorra una azione positiva. La concussione può cioè essere realizzata anche mediante omissione (inerzia) o persino col silenzio”*⁶². Da ciò deducendo ulteriormente che non sarebbe essenziale ai fini della configurazione della fattispecie tipica di concussione, alcuna iniziativa del pubblico ufficiale. L’Antolisei rileva peraltro criticamente come il filone interpretativo opposto, supportando dapprima l’*intentio legislatoris* di una necessaria sussistenza

⁶¹ Così tra le altre la pronuncia della VI sez. pen. della Suprema Corte - Corte di Cass. sez. VI pen., sent. N. 35269 del **2012**, per cui: *“il delitto di concussione ambientale non può intendersi ravvisabile nell’ipotesi in cui il privato iscrive il suo personale contegno nell’ambito di un sistema in cui il mercimonio delle funzioni pubbliche e la prassi di remunerazioni tangenziali siano costanti. In circostanze siffatte, invero, manca e si dissolve lo stato di soggezione del privato, che dal canto suo mira a garantirsi vantaggi illeciti avvalendosi dei meccanismi criminali della prassi deviata, in tal modo rendendosi esso stesso protagonista del sistema illegale. Qualora, dunque, il rapporto illecito tra pubblico ufficiale e privato si sia sviluppato su un piano di sostanziale parità, l’episodio criminoso deve ricondursi nell’ambito della corruzione propria”*.

⁶² Così Antolisei F. in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano 2008. E ancora: *“Non vi è invero alcun motivo per non ravvisare tale reato nel fatto del pubblico ufficiale che, con un comportamento volutamente ostruzionistico, spinga il privato a dargli una somma, per ottenere un atto cui pure questi ha diritto (per es. un passaporto o una licenza)”*.

dell'iniziativa attiva in capo al pubblico ufficiale, nella concreta configurazione della nuova unitaria concussione di cui all'art. 317, avrebbe peraltro *“negato autonomo ingresso nel codice alla concussione ambientale, essendosi rilevato durante la discussione alla Camera sul disegno di legge poi sfociato nella L. 26 aprile 1990, n. 86 che ove il privato sia spinto al pagamento dalla situazione ambientale in cui si venga a trovare, per ciò solo, esisterebbero gli estremi della concussione per induzione”*.

Conclusivamente la concussione ambientale, intesa come spontanea formazione in ambito pubblico di un *sistema eteronomo*⁶³ di regolamenti, prassi applicative, normazioni secondarie che, pur ponendosi in contrasto con il diritto, vengono sistemicamente richiamate nell'ambito dell'attività di un microcosmo pubblico (sia esso un ufficio o un complesso di uffici), rappresenta indubbiamente un fenomeno nuovo di difficile criminalizzazione per il nostro ordinamento, posto che una politica criminale che intenda allargare la propria sfera di prensione punitiva, deve pur sempre inderogabilmente riferirsi al principio di legalità ed ai suoi corollari di rango costituzionale, così come al ricco sistema di garanzie che accompagnerebbe altresì l'illecito – e quindi l'imputato - nel momento più pratico della fase procedimentale e processuale.

Significativa infine in materia di concussione ambientale anche la rilevazione di Paliero C.E. che, in un suo saggio, depone per l'esistenza evidente di una natura strutturalmente condivisa proprio tra la concussione ambientale, così come definita dalla giurisprudenza, e la criminalità organizzata mafiosa. Più in particolare, secondo l'autore i due fenomeni parteciperebbero sicuramente dell'esistenza, diffusamente riconosciuta anche dal lato della 'vittima', di un sistema condiviso di valori – fonte di regole di che si pongono in contrasto con il diritto, e che garantiscono il perpetrarsi di condotte illecite finalizzate alla lesione della libertà individuale e di diversi altri

⁶³ Così Paliero C.E. per il quale peraltro una criminalizzazione canonicamente positivizzata della concussione ambientale, nella sua conformazione strutturale tipica, avrebbe certamente avuto l'indiscutibile pregio di acclarare e far emergere con maggiore specificità i rapporti comuni tra concussione ambientale e criminalità organizzata. Si vedrà più avanti come nemmeno la riforma del 2015, di cui alla l. n. 69, accoglierà tuttavia l'istanza di incriminazione in discorso – in *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto* da *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Barillaro M. (a cura di) , Milano, 2004.

beni giuridici di rango costituzionale che pure i soggetti protagonisti del medesimo quadro ambientale pongono concretamente in secondo piano, facendosi per l'appunto promotori, 'vittima' compresa, dell'ambiente illecito in cui inseriscono le proprie condotte, a fronte della convenienza e del vantaggio, per lo più di carattere economico, che entrambi – pubblico ufficiale e 'vittima' – indebitamente ne trarranno. Concussione ambientale e criminalità organizzata parteciperebbero della medesima natura, del medesimo DNA: *“La pagina della c.d. ‘concussione ambientale’, cioè la ‘ambientalità’ e il consolidamento culturale di modelli di illegalismo sistematizzato in materia politico-economica – modelli che certamente a prima vista nulla avevano e nulla hanno a che fare con il ‘nostro’ tradizionale modello di organizzazione criminale di stampo mafioso – ha dimostrato che due fenomeni in apparenza eterogenei avevano in realtà un identico DNA. Entrambi si accompagnano infatti a quella caratteristica creazione di un ‘clima culturale’ di ‘regole antagonistiche’ (rispetto a quelle legali), e di un ‘sistema di valori’ eteronomo – che sono tipici ab origine della criminalità organizzata – e che attraverso una sistemica limitazione delle libere scelte individuali produce in sequenza le violazioni più gravi e progressive dei beni giuridici, in un generale clima di affidamento sulla impunità da parte degli autori, garantito dalla acquiescenza, anch’essa culturale, delle ‘vittime’”*⁶⁴

2.1. I difficili rapporti tra concussione per induzione e corruzione

Nella parte finale della sua Relazione⁶⁵ al congresso italo-spagnolo tenutosi presso l'Università degli studi di Milano, nel Maggio del 2014, la dottrina in commento analizza l'autonomia della figura di concussione, così come disciplinata nell'art. 317abr del codice penale, sottolineandone anzitutto il carattere di 'unicum' rispetto al resto del panorama normativo europeo. La concussione italiana infatti, caratterizzata dal legislatore dalle specifiche modalità commissive della costrizione o induzione del

⁶⁴ Così, sempre nello stesso saggio, Paliero C.E. – [vd. nota precedente].

⁶⁵ Ci riferiamo alla medesima Relazione di studio che ha accompagnato il citato Convegno, già analizzata nel paragrafo relativo alle fattispecie di corruzione anteriori alla riforma del 2012 – reperibile in Viganò F. *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare* su Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015

privato a dare o promettere qualsiasi tipologia di utilità, si distingueva in particolare da altre fattispecie incriminatrici sorelle europee, proprio per la mancanza di una qualificazione dell'indebito⁶⁶.

Inoltre, mentre nella maggior parte degli altri ordinamenti europei, le fattispecie incriminatrici che più assomigliavano alla concussione italiana, risultavano rubricate, senza specificazione sul titolo di illecita petizione di un indebito, come più generiche sotto-tipologie di corruzione⁶⁷, il delitto di concussione di cui all'art. 317abr. del nostro codice penale divenne per contro oggetto di una interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza più recente. Così testimonia nella sua Relazione Viganò: *“La norma trovava ad esempio regolare applicazione anche nei casi in cui il privato pagasse il pubblico agente per ottenere da questi uno specifico atto contrario ai suoi doveri d'ufficio, ovvero l'omissione di un atto dovuto: come nei casi, frequentissimi nella prassi, in cui il pagamento avesse la funzione di evitare una sanzione, legittimamente e doverosamente irrogabile da parte del pubblico ufficiale; ovvero nei casi in cui il privato imprenditore versasse denaro al pubblico agente in cambio dell'assegnazione di un appalto pubblico, sapendo che in caso contrario egli non avrebbe avuto alcuna chance nella procedura ad evidenza pubblica”*⁶⁸.

Dinanzi a siffatti approdi della prevalente giurisprudenza, privilegiante un'interpretazione estensiva della fattispecie di concussione, emerse in tutta la sua problematicità la difficoltà di individuare gli elementi distintivi tra il reato in discorso e le fattispecie di corruzione di cui agli artt. 318 e 319. A destare particolare confusione era in particolare la presenza del medesimo elemento oggettivo costituito

⁶⁶ Più specificatamente, rileva Viganò: *“Vero è che nel Code Napolèon esisteva un reato di ‘concussion’, oggi ereditato dal codice francese vigente, ma la sua struttura era ed è affatto diversa, quella norma descrivendo il fatto del pubblico agente che riceve, esige o ordina di percepire, a titolo di diritti, contributi, imposte o tasse, una somma che sa essere non dovuta, o una somma superiore a quanto dovuto...”* e ancora *“il medesimo reato che nell'art. 437 del codice penal spagnolo riceve il nomen iuris di exaciones ilegales. Niente a che vedere con la concussione italiana”* – in [vd. nota precedente]. Sulla tesi della specificità della concussione italiana, in un'ottica eminentemente comparatistica, si veda altresì Mongillo V. in *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; ed anche Del Vecchio A. e Severino P. in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno ed internazionale*, Padova, 2014.

⁶⁷ Così ancora in Del Vecchio A. e Severino P. in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno ed internazionale*, Padova 2014.

⁶⁸ Così Viganò F. – in [vd. nota 43]. D'ora in avanti Relazione.

dalla dazione o promessa di un indebito (denaro od altra utilità) proveniente dal privato, non di rado motivato dalla summenzionata speranza di ottenerne in cambio un beneficio (e ciò quand'anche in forma omissiva, ovverosia come mancata irrogazione di una sanzione pur legittima), grazie ad un utilizzo comunque distorto della funzione o dei poteri pubblici.

La qualificazione di uno stesso fatto come concussione ovvero come corruzione – per atto conforme o contrario ai doveri dell'ufficio – presentava indubbiamente notevoli risvolti pratici, specie sotto il profilo del trattamento sanzionatorio. Il delitto di concussione era ed è infatti tradizionalmente definito dalla dottrina, come “*il più grave dell'intero Titolo II*”⁶⁹ : con ciò volendosi sottolineare il particolare disvalore, in termini di antiggiuridicità, attribuito alla condotta del pubblico agente che oltre ad abusare dei propri poteri, mira alla lesione della libertà di determinazione volitiva del soggetto privato. Il riflesso di tale maggior disvalore risiederebbe quindi nell'inasprimento del trattamento sanzionatorio, significamente più duro nella fattispecie di concussione, rispetto alle sorelle fattispecie corruttive: la reclusione da quattro a dodici anni. D'altra parte altro dato significativamente rilevato da Viganò è l'operatività per la concussione di un termine prescrizione assai più ampio, pari quasi al doppio di quello idoneo a determinare la prescrizione dei reati di corruzione: “*con conseguente maggiore facilità per la pubblica accusa di pervenire alla condanna definitiva dell'imputato*” per fatti di concussione.

Per quanto riguarda la punibilità del privato, essa rilevava d'altra parte nei soli casi in cui si qualificasse il fatto di reato come corruzione, mentre risultava in radice esclusa in presenza di condotte concussive perpetrate dall'agente pubblico, nell'ambito delle quali anzi il soggetto passivo compariva specificatamente come colui che subisce un sopruso da parte della pubblica autorità, e quindi come vittima. E tale era in effetti il

⁶⁹ Così, oltre al Viganò, si esprimono altresì Fiandaca G. e Musco E. in *Diritto Penale - Parte Speciale, Vol. I: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010 ; ma vedi anche in tal senso Antolisei F. in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano, 2008; e Pagliaro A. in *Principi di diritto penale, Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000; e pure Romano M. in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

criterio distintivo di natura psicologica adottato dalla giurisprudenza prevalente⁷⁰ per distinguere la concussione dalla corruzione, e che nel primo caso giustificerebbe la mancata punibilità del privato-vittima di un abuso, nell'altro la sicura punibilità di un soggetto che si rende attivo partecipante alla realizzazione del fatto criminoso.

E tuttavia è proprio nel più ampio termine prescrizionale risultante dalla maggiore asprezza del trattamento sanzionatorio e nella mancata punibilità del privato-vittima (che certo di non incorrere in alcuna pena, sarebbe per ciò solo, spinto a denunciare la condotta altrui), che Viganò rinviene la chiave della presunta maggiore effettività e perseguibilità del fatto criminoso in termini di concussione. Nella sua Relazione l'autore sottolinea infatti come, a fronte dell'unica prova costituita dalla presenza di un pagamento indebito proveniente dal privato e diretto al pubblico agente, per gli organi inquirenti “*costituivano comprensibili incentivi a qualificare il fatto in termini di concussione*”, piuttosto che in termini di corruzione, il più ampio termine di prescrizione, calibrato sul più elevato massimo edittale previsto per la fattispecie incriminatrice di cui all'art.317abr, e la possibilità stessa di avvalersi concretamente della collaborazione del privato, “*mediante la prospettazione della sua impunità*”⁷¹. E tale strategia processuale era adottata nonostante la prova di un indebito vantaggio ottenuto dal privato, in cambio di suddetto pagamento: es. aggiudicazione definitiva di un appalto, sottrazioni a sanzioni tributarie.

Di qui, l'imprevedibile esito della gran parte dei processi in materia di delitti contro la pubblica amministrazione. A fronte di una iniziale qualificazione del fatto, da parte della pubblica accusa, come concussione, la difesa processuale dei pubblici agenti – imputati spesso mirava inevitabilmente ad ottenere la possibilità di una

⁷⁰ In tal senso, tra la giurisprudenza più recente, si veda **Cassazione** sent. 3-11-2010, n. 38650 - dove si sottolinea l'esigenza di appellarsi al criterio di natura psicologica, o meglio al rapporto intercorrente tra le volontà del soggetto pubblico e del soggetto privato. Più in particolare nella corruzione si avrebbe un rapporto paritario ed implicante la libera convergenza delle rispettive volontà verso la realizzazione di un comune obiettivo illecito (cd. pactum sceleris); mentre nella concussione sarebbe prevalente la volontà costringente o induttiva dell'agente pubblico, condizionante la libera formazione di quella del privato, il quale a sua volta si determina alla dazione o alla promessa, soggiacendo ad una ingiusta pretesa, al fine di evitare un pregiudizio maggiore.

⁷¹ Su siffatta strategia processuale, adottata da gran parte delle procure italiane sotto la vigenza della disciplina precedente alla riforma del 2012, si rinvia altresì a Padovani T. su “*Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di concussione*”, in Archivio Penale – Dicembre 2012.

riqualificazione del fatto in termini, sicuramente più appetibili sotto il profilo sanzionatorio, di corruzione, *“assicurandosi così un consistente sconto di pena o, più spesso, l’impunità tout court, grazie al generoso meccanismo della prescrizione”*⁷². Ciò a tacere del paradossale risultato sulla posizione processuale del privato che, inizialmente vittima di un fatto di reato, diviene improvvisamente soggetto attivo - corruttore, e per di più nei termini della partecipazione necessaria.

Ultimo profilo di criticità rilevato dal Viganò è infine proprio quello della mancata punibilità del privato, se non altro tutte le volte in cui questi, lungi dal subire ineludibilmente una violenta coartazione della volontà da parte del pubblico agente, avesse in qualche modo esercitato una facoltà di scelta (concussione per induzione, così come opportunamente dilatata nella prassi applicativa dalla giurisprudenza prevalente), determinandosi infine, e stavolta quindi esercitando una volontà parzialmente libera, a soggiacere al sopruso del pubblico ufficiale, nella speranza di ottenere un vantaggio indebito, che altrimenti non avrebbe altro modo di conseguire. In simili casi, la qualificazione del fatto come concussione, assicurava al privato l’impunità, pur essendosi egli mosso nel labile confine esistente tra concussione e corruzione. E ciò per di più anche a vantaggio ottenuto.

In tal senso, numerose organizzazioni internazionali hanno mosso serrate critiche alla mancata previsione della punibilità del privato, *“da tali organizzazioni segnalandosi il costante rischio che gli imprenditori, dopo aver ottenuto lucrosi appalti remunerando i pubblici ufficiali preposti alle relative procedure, andassero tuttavia esenti da pena nell’ordinamento italiano, proprio grazie alla scelta delle procure di contestare al pubblico ufficiale in tali ipotesi il delitto di concussione e non, invece, le meno gravi figure di corruzione”*⁷³. Più in particolare il legislatore italiano, ai fini

⁷² Così ancora Viganò F. nella sua Relazione.

⁷³ Così si esprime Di Martino A. in *le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in contributo a *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione* Mattarella e Pellisero (a cura di) - Torino, 2013; e analogamente Montanari M. che, analizzando i principali ‘rapporti internazionali’ in materia di corruzione, costituenti il prelude alla riforma del 2012, sottolinea significativamente anche la *“sollecitata necessità di agevolare la denuncia dei fatti di corruzione, proteggendo il whistleblower - in particolar modo, attraverso interventi in ambito amministrativistico e civilistico, tutelando il suo posto di lavoro - o, più genericamente, migliorando i meccanismi di denuncia, tanto nel caso in cui essa sia sporta da un pubblico ufficiale, quanto nel caso in cui provenga da un privato in*

di una più efficace repressione della corruzione in ambito pubblico, veniva da tempo segnatamente invitato, così specifica Viganò in conclusione alla sua Relazione, “*a eliminare dall’ordinamento il delitto di concussione, o comunque di riformarlo in maniera tale da assicurare la punibilità anche del privato in simili ipotesi*”.

Conclusivamente, terminata questa prima parte della presente trattazione, ci soffermeremo nella successiva seconda parte (Capitolo II) ad analizzare la più volte citata riforma del 2012, contenuta nella l. n. 190, nell’ottica critica di ricostruire in primis il panorama dottrinario e legislativo nel quale si inserisce l’intervento, quindi l’intento suppletivo ed integrativo rispetto alle lacune e alle contraddizioni riscontrate nella normativa previgente, ed infine i non meno importanti e discussi profili di criticità che pure hanno accompagnato, sin da subito, l’entrata in vigore dell’intervento riformatore in discorso.

la normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali – in la normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali da Diritto Penale Contemporaneo, 01.07.2012.

Capitolo II – la riforma anticorruzione del 2012

1. L'esigenza di una riforma: tra dottrina, prassi giudiziaria ed obblighi internazionali e comunitari

Durante gli anni che immediatamente precedettero l'intervento di riforma del 2012, positivizzato dal nostro legislatore nella L. n. 190, era indubbiamente già emersa nell'ambiente dottrinario una pressante esigenza di rivisitazione trasversale, riguardante cioè più piani, delle fattispecie di corruzione e concussione; più in generale, era emersa una fisionomia 'reale' totalmente nuova del fenomeno corruttivo⁷⁴, le sue connessioni sempre più sofisticate con il potere pubblico (dove la figura della tangente non assumeva più, almeno quasi mai, le forme del 'pagamento diretto' al pubblico ufficiale⁷⁵), e dunque l'incapacità delle vecchie fattispecie disciplinate nel codice penale di assicurare una sfera di prevenzione punitiva adeguata, ancor prima che effettiva.

In particolare Emilio Dolcini, analizzando il panorama dottrinario antecedente alla riforma del 2012, rileva significativamente come gran parte della dottrina penalistica dominante avesse già da tempo messo in rilievo agli occhi del legislatore e del

⁷⁴ Severo a riguardo il giudizio critico di Alessandri A. che, anche subito dopo l'entrata in vigore della riforma del 2012, segnalava nel nostro ordinamento la presenza di un *legislatore inconsapevole*, perché sprovvisto “di adeguate conoscenze relative ai fenomeni corruttivi nell'Italia di oggi, conoscenze che erano, con tutta evidenza, e sono, premessa indispensabile per ogni efficace riforma della disciplina legislativa” – in *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma* da *Relazione introduttiva* al Convegno *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, svoltosi a Courmayeur, 28–29 settembre 2012, e reperibile su *Diritto Penale Contemporaneo*, 25.03.2013. Non così Dolcini E. che, già immediatamente dopo la riforma del 2012, avversa l'impossibilità ab origine di una 'buona riforma' dei reati di corruzione, criticamente prospettata invece dall'Alessandri, e così ne commenta l'assunto di partenza: “...Una sorta di vizio d'origine che imporrebbe una valutazione negativa dell'intera L. 190/2012!” – in *La legge 190 del 2012: contesto, linee di intervento e spunti critici*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 23. 09. 2013. L'autore non manca tuttavia di muovere le sue critiche alla riforma, di cui si darà debitamente conto più avanti nel corso della presente trattazione.

⁷⁵ In generale rilevando le forme moderne che andava, assumendo la tangente sin dai primi anni del XXI secolo - da beni di lusso alle prestazioni sessuali - e in un'ottica comunque già da superare “perché la loro emersione nella casistica giudiziaria... ne potrebbe presagire già una mutazione più evoluta nella realtà sostanziale” si vedano Cingari F. in *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma* in *Diritto Penale Contemporaneo* del 20.03.2012.

Governo, i connotati assai peculiari che i fenomeni *latu sensu* corruttivi andavano assumendo nel loro inarrestabile evolversi tra le sfere del potere pubblico, “*e tra gli aspetti più rilevanti, il carattere sistemico del fenomeno, alcune affinità tra corruzione e criminalità organizzata, il ruolo crescente dei ‘faccendieri’, la fisionomia sempre più svariata dell’utilità attribuita al corrotto*”⁷⁶, la tormentata tagliola giudiziaria costituita dalla prescrizione⁷⁷, così come modificata dalla legge ex-Cirielli del 2005, idonea a garantire l’impunità se non addirittura soltanto una breve stigmatizzazione mediatica del potere pubblico, quand’anche provatamente compartecipe autore di dinamiche corruttive. E d’altra parte, già anni prima della riforma in discorso, in un’epoca assai più vicina forse alla riforma del 1990, pur spinta a sua volta dalla questione morale intesa ad arginare il dilagare della corruzione e del clientelario tra le sfere per così dire più elevate del potere pubblico, autorevole dottrina ribadiva come la corruzione fosse ormai “*diventata ‘sistema’, cioè prassi stabile e strutturata, rete istituzionalizzata di relazioni e scambi illeciti, coinvolgente – pur secondo modelli diversi – un po’ tutti i gruppi sociali, dalle élites ai comuni cittadini impegnati in piccole attività illegali di routine*”⁷⁸.

⁷⁶ E a riprova di suddette forme moderne della tangente, Dolcini richiama attraverso articoli di giornale alcune vicende che allora, per la sicura risonanza mediatica dei loro protagonisti, travolsero la politica regionale Siciliana, coinvolgendo alte cariche politiche e pubblici funzionari: tra gli altri quelli di A. Sciacca *Sicilia, viaggi ed escort per i politici con i fondi destinati ai disoccupati* su www.corriere.it e altresì *16 Rolex e suites imperiali pagati coi fondi Ue* su www.corriedelmezzogiorno.corriere.it entrambi datati 19.06.2013 – in *La legge 190 del 2012: contesto, linee di intervento e spunti critici* su *Diritto Penale Contemporaneo*, del 23. 09. 2013

⁷⁷ **n.d.r.** Più precisamente, mentre prima della riforma ex-Cirielli i reati di corruzione propria ed impropria giungevano a prescrizione in 10 anni, prorogabili fino ad un massimo di 15 in presenza di atti interruttivi. Il legislatore del 2005 rende la corruzione prescrivibile in soli 6 anni, prolungabili solo fino a 7 anni e mezzo in presenza dei medesimi atti interruttivi. Aggiungiamo in conclusione, citando Dolcini E., l’importanza di considerare altresì “*gli effetti prodotti dalla legge ex Cirielli sui tempi della prescrizione attraverso la nuova individuazione del dies a quo nel reato continuato: effetti di accelerazione che risultano particolarmente rilevanti, in relazione ad un fenomeno criminoso come quello della corruzione...*”, che l’autore continua a definire nel 2013 “*largamente seriale*” – in [vd. nota precedente].

⁷⁸ La rilevazione di quello che potremmo definire come processo di sistematizzazione e democraticizzazione sociale del fenomeno corruttivo è del Fiandaca G. – in *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione* da *Rivista di Diritto Penale e Processo* 03/2000.

L'esigenza di introdurre delle modifiche al sistema di prevenzione e quindi all'insieme di norme finalizzate alla repressione della corruzione emerse dunque in primo luogo dalla sconsolante constatazione di un'incidenza, quantitativamente e qualitativamente incrementata, del fenomeno corruttivo, dimostratosi oramai idoneo ad alterare l'efficienza e la produttività stessa della gestione degli interessi pubblici da parte della Pubblica Amministrazione. Valga a modesta riprova di quanto affermato che negli anni immediatamente precedenti alla riforma, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei Conti, più volte il Presidente della Corte ed il Procuratore Generale hanno fatto debitamente riferimento al dilagare della corruzione in ambito pubblico, incontrollabilmente emergente dalla prassi applicativa in forme sempre nuove, senza mancare di quantificare il fenomeno in termini di costi idonei a pesare sulle casse pubbliche e sicuramente anche sul funzionamento complessivo della macchina giudiziaria⁷⁹. Ancor prima, con dl n. 112 del 2008 veniva soppresso l'Alto Commissariato Anticorruzione ed istituito, presso il Dipartimento della Funzione Pubblica, il Servizio Anticorruzione e Trasparenza (S.A.e.T) cui, tra gli altri, venivano affidati poteri di indagine e studio sulla corruzione ed altre illicite all'interno della Pubblica Amministrazione: in una delle sue prime relazioni al Governo, a soli sei mesi dalla sua istituzione, il S.A.e.T ha quantificato il costo della corruzione in un valore di circa 60 miliardi di euro l'anno.

Innegabile è inoltre che il fenomeno avesse assunto una certa dimensione transnazionale, pur riconosciuta da larga parte della dottrina italiana, quanto meno

⁷⁹ Dalla Relazione del Procuratore Generale della Corte dei Conti, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario contabile 2011, emerge un quadro preoccupante: *“Alla fine del 2010 la stampa internazionale ha riportato il risultato di un'indagine del Transparency International sulla percezione della corruzione nella pubblica amministrazione di numerosi Stati, da cui l'Italia risulterebbe tra le ultime in classifica tra le nazioni esaminate. In Italia, benché si sia posta particolare attenzione sugli illeciti da corruzione (...) attraverso dapprima l'istituzione di un Alto Commissariato (cessato nel 2008) e quindi di un Servizio Anticorruzione e Trasparenza (S.AeT) presso il Dipartimento della Funzione Pubblica, (...) non sono stati raggiunti apprezzabili segni in controtendenza: dal 2004 al 2010 gli insufficienti dati raccolti dal Sistema di Indagini del Ministero dell'Interno segnano solo un leggerissimo trend discendente. Anche i positivi risultati connessi allo svolgimento di incisive ed estese indagini giudiziarie sono assolutamente temporanei ed effimeri, se non accompagnati da una adeguata politica di prevenzione che miri a cambiare il quadro di riferimento che ha reso possibile i comportamenti corruttivi (...) si nota una rimarchevole diminuzione delle denunce che potrebbe dare conto di una certa assuefazione al fenomeno verso una vera e propria “cultura della corruzione”(...)”* – reperibile sul sito www.cortedeiconti.it.

relativamente ad i suoi effetti distorsivi sulle regole che presiedono al corretto svolgersi della concorrenza e del libero mercato⁸⁰.

In effetti alle origini del progetto di riforma che sfocerà nella L. n. 190 del 2012, sono rinvenibili una serie di obblighi di attuazione di vincoli internazionali, provenienti in particolare dalla *Criminal law Convention on corruption* adottata dal Consiglio di Europa il 27 gennaio del 1999 a Strasburgo e ratificata tuttavia in Italia soltanto nel 2012 con legge n. 110; dalla *Convenzione ONU sulla corruzione*, adottata dall'Assemblea generale ONU il 31 ottobre del 2003, anche detta Convenzione di Merida, e ratificata dall'Italia con l. 116/2009⁸¹.

In particolare, la Convenzione approvata in seno al Consiglio di Europa nel 1999, oltre a prevedere una procedura di adesione aperta anche a Stati non membri del Consiglio, ha istituito il GRECO, Group of States Against Corruption, e prescritto per la prima volta l'uniforme penalizzazione da parte degli Stati firmatari di una serie di condotte corruttive, oltre all'introduzione, sempre nell'ambito delle rispettive politiche interne di repressione, di una legislazione complementare, con finalità anche preventiva, rispetto a quella penale.

La Convenzione di Merida del 2003, nel suo Preambolo, richiamava espressamente gli Stati alla necessità di adottare un approccio globale e multidisciplinare per un'efficace strategia coordinata di contrasto al fenomeno corruttivo. A tal fine,

⁸⁰ Sulla dimensione internazionale degli effetti della corruzione, specificamente idonea a scatenare una distorsione della concorrenza nell'economia interna del nostro Paese e quindi altresì, di riflesso, per gli operatori economici che investono nel nostro paese e per la concorrenza internazionale si veda Garofoli R. che afferma anche: *“minando la fiducia dei mercati e delle imprese, il diffondersi delle prassi corruttive determina, invero, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i paesi...”* – in *Il contrasto alla corruzione. Il percorso intrapreso con la L. 6 Novembre 2012 n. 190 e le politiche ancora necessarie* da Diritto Penale Contemporaneo 22.02.2013. Ed in questo senso si veda altresì l'eloquente Preambolo della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa (1999) nella parte in cui afferma: *“convinti – n.d.r. noi Stati promotori e altri Stati firmatari - che la corruzione ... falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico”*.

⁸¹ N.d.r. Sulla attuazione della Convenzione di Strasburgo del 1999, si ricordi che l'Italia è Stato-parte del GRECO - *Group of States Against Corruption*, istituito in seno al Consiglio d'Europa, come organo di controllo e monitoraggio. Il nostro Paese partecipa altresì al non meno importante gruppo di lavoro contro la corruzione - *Working Group on Bribery* (WGB) istituito in seno all'OCSE nel 1994, anch'esso organo di controllo che si occupa di vigilare sull'osservanza ed attuazione della Convenzione OCSE in materia (1997), a tal fine opportunamente provvisto di una apposita divisione interna anti-corruzione.

venivano proposte cinque direttrici principali per le politiche legislative interne: l'introduzione di misure a carattere preventivo, la criminalizzazione di fattispecie affini, l'implementazione della cooperazione internazionale, il recupero dei beni di provenienza illecita (cd. asset recovery), la promozione di iniziative volte all'informazione, sviluppate su più livelli di Pubblica Amministrazione. Si noti che la ratifica della Convenzione di Merida ha consentito concretamente all'Italia di partecipare ad una importante Conferenza tra Stati tenutasi a Doha in Qatar, nel Dicembre del 2009. Nell'ambito di tale incontro infatti, al fine di superare una sorta di 'impasse' che caratterizzava l'adozione di politiche interne effettivamente attuative della Convenzione di Merida, gli Stati si accordarono per l'adozione del meccanismo di applicazione basato sulla *review*, e cioè sulla reciproca revisione tra Stati-parte in ordine allo stato di attuazione delle politiche di prevenzione del fenomeno corruttivo, così come stabilite nella Convenzione. A tal fine venne inoltre istituito un apposito organo, l'*Implementation Review Group*, cui inviare i dati relativi all'attività di reciproco monitoraggio e dotato del potere di inviare raccomandazioni e conclusioni mirate per i singoli Stati⁸².

Entrambe le Convenzioni analizzate, comprendono tuttavia una nozione assai ampia di corruzione ma anch'essa, come già previsto nell'ordinamento italiano, incentrata su una costruzione dal lato attivo ed una speculare dal lato passivo, contemplando quindi sia una condotta di dazione e promessa (lato attivo), che una necessaria condotta di ricezione ed accettazione, nonché sollecitazione (lato passivo). La corruzione viene così genericamente riferita ad un vantaggio *affinchè il pubblico funzionario compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni*⁸³.

Sempre tra le convenzioni internazionali, si ricordi inoltre per la sicura importanza *in subiecta materia*, la *Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* entrata in vigore nel febbraio del 1999 e ratificata nel nostro Paese, con legge del 29 settembre 2000, n.

⁸² In tal senso si veda la Risoluzione 01/03 adottata nella Terza Conferenza tra gli Stati-parte della Convenzione di Merida, tenutasi a Doha tra il 9 e il 13 dicembre 2009 – su www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG

⁸³ A riguardo si vedano gli art. 15 della Convenzione di Merida del 2003 e l'art. 2 della Convenzione penale sulla corruzione del 1999.

300. Con tale legge di ratifica è stato introdotto nel nostro codice penale, a pieno titolo tra le fattispecie di corruzione, l'art. 322bis, eloquentemente rubricato: *peculato, concussione, induzione indebita, corruzione ed istigazione alla corruzione di membri della Corte Penale Internazionale o degli organi delle Comunità Europee e di funzionari delle Comunità Europee e di Stati esteri*. L'art. 11 della L. n. 300 del 2000 ha altresì esercitato il potere di delega al Governo per la previsione di una responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, introdotta infine nel nostro ordinamento con Dlgs. 8 giugno del 2001 n. 231⁸⁴.

Conclusivamente, si vede bene come, in qualità di Stato-parte di queste come di altre Convenzioni ed organismi internazionali, l'Italia si era fosse ormai inderogabilmente obbligata, già dai primi anni duemila, ed in seguito a ratifica, all'attuazione di una serie di politiche legislative di contrasto alla corruzione pubblica. Più in generale, la presenza di suddette Carte ed organismi internazionali istituzionali, oltre a sottolineare il sicuro interesse degli Stati promotori e firmatari ad una omogeneizzazione delle legislazioni penali, per il generale potenziamento della repressione della corruzione su un piano globale, ed oltre a testimoniare la presenza di una diffusa consapevolezza in merito agli effetti a potenziale dimensione transnazionale del fenomeno corruttivo, ha presentato altresì l'indubbio vantaggio per il legislatore italiano del 2012 di costituire una valida ed incontestabile legittimazione ad intervenire, ormai improrogabilmente, sulle norme del codice penale che contemplavano i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione⁸⁵, compresa l'introduzione, in un nuovo art. 346-bis della

⁸⁴ La normativa di cui al Dlgs. 231/2001 - che a norma del suo art. 2 non si applica allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale - contemplava nell'elenco dei cd. reati-presupposto anche le fattispecie di concussione e corruzione, e oggi grazie alla L. n. 190 del 2012, anche la nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 quater cod. pen., fattispecie incriminatrice introdotta nel codice penale dalla riforma stessa.

⁸⁵ Così si esprime anche Seminara S. che, ben prima dell'entrata in vigore della riforma, e più in particolare a ddl approvato dalla sola Camera dei Deputati, nel Giugno 2012, già rilevava come *“il problema giuridico della corruzione ha dunque perduto una dimensione esclusivamente nazionale e la nostra stessa libertà di accettare la convivenza con tale fenomeno e di consentirgli di prosperare, fino a raggiungere i livelli attuali, è venuta meno”* - in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale da Diritto Penale e Processo*, 10.2012. A seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2012, particolarmente eloquente in tal senso anche Martines F. : *“la legislazione interna in materia*

fattispecie di traffico di influenze illecite. E tuttavia, ciò nemmeno ha preservato l'operato del legislatore, come si avrà modo di notare più avanti, dalle aspre critiche della dottrina.

Inoltre, è bene ricordare che la concreta attuazione di suddette norme convenzionali sulla prevenzione e repressione della corruzione negli ordinamenti interni, era stata ed è tutt'ora concretamente affidata ad appositi organismi, istituiti in seno al Consiglio d'Europa ovvero all'OCSE, proprio al fine di garantire un'azione coordinata di monitoraggio sul rispetto e l'esecuzione del diritto internazionale pattizio. Tra gli altri, il più volte già citato *Group of States Against Corruption (G.R.E.C.O.)*, istituito nel 1994 in seno al Consiglio di Europa, affiancato dal *Working Group on Bribery (WGB)* che fa invece riferimento all'OCSE⁸⁶.

Sul piano comunitario, l'impegno delle istituzioni dell'Unione Europea nella lotta alla corruzione trae sicuramente legittimazione nell' art. 67 pgrf. 3, del TFUE che assegna all'Unione Europea il compito di garantire un "*livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta alla criminalità (...)*"; criminalità intesa dunque in una accezione ampia, nelle sue diverse forme, e all'interno della quale pertanto rientrerebbero anche le condotte di corruzione. Tra gli interventi più importanti in materia si ricorda dunque l'adozione da parte del Consiglio Europeo

di "*anticorruzione*" approvata nel 2012 appare una puntuale (ed improcrastinabile) risposta agli impegni assunti dal nostro Paese con la comunità internazionale anche per il tramite dell'U.E." – in *La legge 190/2012 sulla repressione e prevenzione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione* su www.federalismi.it, 11.03.2015.

⁸⁶ Ma critico su questo aspetto, e cioè sulla possibilità stessa di garantire effettivamente ed in maniera unitaria l'attuazione delle norme convenzionali anticorruzione all'interno dei vari Stati, si esprime Martines F. che più specificatamente rileva come "*La coesistenza sul piano internazionale dei due organi – ndr. W.G.B. e G.R.E.C.O. - se, da un lato, ha assicurato la messa a punto di efficaci meccanismi di monitoraggio e valutazione delle pratiche concretamente poste in essere dagli Stati per la prevenzione e la repressione dei comportamenti corruttivi, dall'altro lato, offre uno scenario nel quale l'azione di controllo appare troppo frammentata e priva di un adeguato coordinamento; in tal senso pare condivisibile la soluzione, già prospettata, della istituzione di una "cabina di regia" alla quale partecipino i rappresentanti delle varie istituzioni internazionali operanti a diverso titolo nel settore specifico, onde evitare duplicazioni fra i vari interventi...*" – in *La legge 190/2012 sulla repressione e prevenzione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, su www.federalismi.it, 11.03.2015; altresì e ben prima del Martines, favorevole alla predisposizione di un'unitaria Cabina di regia, è anche Bonfigli S. – in *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione* su www.astrid-online.it, 2010.

del *Programma di Stoccolma*⁸⁷ nel Dicembre del 2009. Nel testo del *Programma*, nell'ambito di una più ampia prospettazione di priorità dell'Unione Europea al fine di garantire e rafforzare lo spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza, viene raccomandata anche lo sviluppo di una strategia comune di sicurezza interna che, oltre ad intensificare la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, si concentri nell'attuazione di una politica comunitaria di repressione della criminalità transnazionale, nell'ambito della quale il Consiglio Europeo ricomprende espressamente “*la criminalità economica, la corruzione (...)*”⁸⁸. Conclusivamente, viene prevista l'attuazione di tale *Programma* attraverso un piano d'azione ed in particolar modo la Commissione Europea veniva a tal fine precipuamente invitata a “*sviluppare, in base ai sistemi esistenti e a criteri comuni, indicatori per misurare gli sforzi nella lotta alla corruzione, soprattutto nei settori dell'acquisto (...)*”⁸⁹, e a *sviluppare altresì una politica anticorruzione completa, in stretta cooperazione con il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) del Consiglio d'Europa*”.

Così, anche l'Unione Europea, ed in concreto appena un anno prima della definitiva approvazione ed entrata in vigore nel nostro Paese della riforma del 2012, aveva provveduto all'istituzione di un apposito apparato, interno alla Commissione Europea, specificatamente preposto alla valutazione periodica sull'adozione ed effettività delle politiche legislative anticorruzione adottate dagli Stati membri: si tratta anche qui di un apposito *Working Group* istituito con Decisione del 28 Settembre 2011, n. 286 CE, composto da diciassette esperti in materia di prevenzione della corruzione, ed operante in seno alla Commissione stessa. Tale gruppo di esperti ha raccolto i dati relativi alla sua attività di analisi e studio, rispetto alle legislazioni interne in vigore nei singoli Stati membri, in un apposito *Report*⁹⁰, pubblicato nel

⁸⁷ Il testo del documento programmatico in discorso risulta pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 4.5.2010 C 115 ed è altresì reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT>

⁸⁸ Sempre dal testo del *Programma di Stoccolma* – [vd. nota precedente].

⁸⁹ **n.d.r.** Tra gli altri vengono nominati i settori degli appalti pubblici ed il controllo sulle operazioni finanziarie a carattere transnazionale.

⁹⁰ Si tratta dell'*EU Anticorruption Report* del 03.02.2014. Esso si compone di un primo capitolo di carattere generale cui seguono altri ventotto capitoli riguardanti i singoli Stati membri. La parte finale raccoglie ben due sondaggi *Eurobarometro* sulla percezione della corruzione da parte dei cittadini europei e delle imprese – il testo è reperibile su <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>

Febbraio del 2014, e dunque ad appena due anni dall'entrata in vigore nel nostro Paese della riforma del 2012. In esso oltre ad illustrare le misure di prevenzione e repressione dei fenomeni di corruzione, adottate nei diversi Stati, ne viene altresì prospettata una valutazione di efficacia, anche nell'ottica del loro affinamento e della loro omogeneizzazione a livello europeo.

Per quanto riguarda l'Italia, era assai prevedibile che, benché fossero trascorsi appena tre anni dall'istituzione del gruppo di lavoro europeo, la concentrazione degli esperti della Commissione si concentrasse soprattutto sulla riforma di cui alla L. n. 190/2012, sulle novità introdotte nelle fattispecie incriminatrici, ma anche su quello che resterebbe ancora da fare. E così, valutando positivamente i significativi progressi normativi dimostrati dal nostro legislatore con la riforma del 2012, nel *Report* il working group della Commissione Europea riconosce tuttavia che nel nostro Paese *“la corruzione, soprattutto nell'ambito delle pubbliche istituzioni, rappresenta un fenomeno preoccupante e sistemico che dovrebbe spingere il legislatore e il governo italiani ad irrobustire le azioni di prevenzione e repressione della corruzione, indirizzandole in particolare verso alcuni settori strategici⁹¹ rimasti ancora privi di adeguata garanzia...”⁹²*. Al riguardo, anticipiamo che si vedrà più avanti nell'ultima parte della presente trattazione, come il legislatore italiano abbia opportunamente provveduto ad intervenire nuovamente in materia di corruzione in ambito pubblico con la legge del 2015 n. 69, ed altresì ad introdurre una normativa apposita per la tutela della posizione lavorativa del dipendente - *whistleblower* con legge del 2017 n. 179.

⁹¹**n.d.r.** Tra gli altri vengono citati il finanziamento dei partiti politici, la tutela del whistleblower, la disciplina del conflitto di interessi dei pubblici ufficiali, il regime della prescrizione dei reati.

⁹² Così sinteticamente, Martines F. – in *La legge 190/2012 sulla repressione e prevenzione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione* su www.federalismi.it 11.03.2015.

2. La L. n. 190/2012 : genesi e struttura di un provvedimento legislativo

Dalla lettura del testo dei lavori parlamentari che hanno condotto alla approvazione della L. 190/2012 emerge con chiarezza la già rilevata *l'intentio legislatoris* di adeguamento al diritto sovranazionale, di un legislatore che cioè storicamente viene *in primis* chiamato ad adeguarsi ad una serie di obblighi già da tempo assunti *in subiecta materia*, in ambito sia internazionale che comunitario.

Nel Maggio del 2010, l'allora Governo *pro tempore* presentò al Senato un disegno di legge contenente "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*"⁹³. Il testo originario del disegno di legge in discorso comprendeva solo 13 articoli ed era suddiviso in 3 capi, relativi più in particolare alla prevenzione generale del fenomeno corruttivo, alla predisposizione di un sistema di controlli mirati sul fenomeno, ed infine al trattamento sanzionatorio di talune fattispecie incriminatrici. Inoltre, nel senso di suddetta *intentio legislatoris* di adeguamento agli obblighi assunti in sede sopranazionale, esso è già chiaramente visibile nel Disegno di legge sottoposto all'esame del Senato, dove infatti all'art. 1 viene espressamente prevista la realizzazione di un *Piano nazionale anticorruzione*⁹⁴, secondo le regole fissate dalla *Convenzione ONU di Merida del 2003* e aderendo altresì ad una specifica richiesta del G.R.E.CO., così come già fatto da diversi Stati europei. Ma è in particolare nell'art. 12 del Ddl in discorso che si prevedeva una modifica dei limiti edittali di pena previsti per larga parte dei reati contro la Pubblica Amministrazione, così come disciplinati nell'ambito del Titolo II, Libro II del codice penale. Per il resto il testo del provvedimento si preoccupava principalmente di sancire nuovi obblighi di pubblicità e trasparenza per le Pubbliche Amministrazioni, anche in materia di procedure d'appalto ad evidenza pubblica e di intervenire in vario

⁹³ E' il disegno di legge A.S. 2156 – reperibile su <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35351.htm>. D'ora in avanti "disegno di legge".

⁹⁴ Per la concreta attuazione di tale *Piano* viene prevista in particolare una attività di coordinamento da parte del Dipartimento della funzione pubblica, deputata a gestire una *Rete nazionale anticorruzione*, composta da referenti per ogni singola pubblica amministrazione, che forniscono dati ed informazioni al Dipartimento stesso. Sempre presso il Dipartimento della funzione pubblica, veniva altresì istituito un *Osservatorio sulla corruzione*, per i cui componenti veniva prevista una partecipazione a titolo gratuito.

modo sulla disciplina di cui al Testo Unico Enti Locali ⁹⁵. Nel complesso il provvedimento si caratterizzava sicuramente per la sua innovatività, approcciando all'intricato problema della lotta alla corruzione in ambito pubblico sul piano non soltanto prettamente repressivo, e intervenendo quindi in materia penale, ma bensì anche su quello della prevenzione, intervenendo cioè a ridisciplinare un profilo più nettamente amministrativistico ed organizzativo del fenomeno corruttivo.

E tuttavia, soltanto dopo ben due anni di lavori parlamentari, accompagnati peraltro da numerose modifiche del testo base, che l'esame del disegno di legge subisce un'inaspettata accelerazione. A seguito della presentazione da parte del Governo di un maxi-emendamento, che tuttavia conteneva modifiche soltanto parziali del testo, sull'approvazione definitiva del Ddl in discorso veniva posta la questione di fiducia, prima al Senato, il 17 ottobre del 2012, e poi alla Camera. Pertanto, il testo è stato così oggetto di approvazione definitiva da parte della Camera dei Deputati, il successivo 31 ottobre⁹⁶.

Per quanto riguarda la struttura complessiva del provvedimento normativo, la legge n. 190/2012 consta di soli due articoli. In particolare, l'art. 1 ha contenuto più propriamente precettivo e si compone di ben 83 commi, mentre l'art. 2 contiene invece la consueta clausola di invarianza finanziaria⁹⁷, la cui rilevanza tuttavia si

⁹⁵ Le modifiche dirette al TUEL, di cui al Dlgs. 267/2000, riguardavano principalmente la sfera dei controlli di spesa e la materia dei revisori dei conti, mentre era prevista una apposita delega al Governo per introdurre ipotesi di incandidabilità temporanea dei Presidenti Regionali in caso di rimozione (ex art. 126 Cost.), ed altresì ipotesi di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per mancata deliberazione del dissesto finanziario. Era infine prevista l'introduzione di ipotesi di ineleggibilità alle cariche di deputato e senatore, in presenza di condanne definitive e qualificate dalla commissione di gravi reati che rientrassero nella competenza delle Direzioni Distrettuali Antimafia e alcuni reati, tra i più gravi, disciplinati dal codice penale nel Titolo II del Libro II sui *delitti contro la Pubblica Amministrazione*. L'ineleggibilità era ad ogni modo prevista come solo temporanea e limitata a 5 anni dal momento in cui la condanna fosse divenuta definitiva. Nel contempo, veniva proposto un ampliamento del catalogo dei reati già previsti nel T.U.E.L. come causa di ineleggibilità agli organi elettivi degli enti locali territoriali.

⁹⁶ La sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale avveniva il 13 Novembre del 2012 – GU n. 265 13.11.2012.

⁹⁷ La norma di cui all'art. 2 della L. 190/2012 è infatti titolata "clausola di invarianza". Di seguito si riporta il testo dell'articolo:

"Art. 2. Clausola di invarianza. 1. Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. 2. Le amministrazioni competenti provvedono allo svolgimento delle attività previste dalla presente legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente".

manifesta maggiormente rispetto all'ambito degli interventi amministrativi, operati dalla riforma sul piano della prevenzione. A tal proposito, si è già detto della portata ampia della riforma del 2012 che interviene su più piani, tra i quali quello dell'intervento diretto sulla struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione, e quindi più specificatamente relativo al momento interno dell'esercizio del potere, disciplinando gli aspetti procedurali e procedurati, imponendo obblighi di pubblicazione e poteri di monitoraggio, in un'ottica marcatamente preventiva.

Tuttavia, sul piano diametralmente opposto, ma pur sempre intersecante, della repressione penale, viene in particolare in rilievo, specie per le tematiche su cui intende incentrarsi la presente trattazione, l'art. 1 comma 75 che espressamente introduce *modifiche al codice penale*. In particolare l'intervento del legislatore in subiecta materia si concentra, come prevedibile, sui delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319, senza dimenticare tuttavia di intervenire profondamente anche sulla fattispecie di concussione di cui all'art. 317, introducendo così almeno tre fattispecie incriminatrici, completamente nuove: all'art. 318, che risulta completamente riscritto, viene introdotta la nuova corruzione per l'esercizio della funzione che sostituisce la vecchia corruzione impropria; l'art. 317 viene destrutturato a partire dalla conformazione della vecchia condotta tipica, e la concussione viene ad oggi ad incentrarsi unicamente su una condotta di tipo costrittivo, mentre l'induzione viene diviene condotta tipica nella struttura di una nuova ed autonoma fattispecie di cui all'art. 319quater, la quale tuttavia sembra avvicinarsi maggiormente, quanto a struttura complessiva e bene giuridico tutelato, alle fattispecie di corruzione. Infine, il legislatore penale della riforma del 2012, si prende in carico l'obbligo della problematica quanto discussa incriminazione della condotta dei cd. 'faccendieri' in una nuova ed autonoma fattispecie incriminatrice, di cui all'art. 346bis, denominata *traffico di influenze illecite*, la cui introduzione, per l'appunto da tempo assai richiesta in sede internazionale, ha non di meno scatenato le critiche della dottrina ed alcuni problemi di interpretazione della fattispecie in sede giurisprudenziale.

3. I nuovi delitti di corruzione: corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione propria, il rapporto tra le due fattispecie.

Si è detto come, prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate dal legislatore del 2012, il codice penale distinguesse tra una fattispecie di *corruzione impropria* di cui all'art. 318 – a sua volta distinta, in due commi, in *antecedente e susseguente* - ed una fattispecie di *corruzione propria* di cui al successivo art. 319, basando tale primaria distinzione essenzialmente su un criterio di conformità-contrarietà del compimento dell'atto, rispetto ai doveri che ineriscono all'ufficio del soggetto attivo che, si ricordi, è soggetto qualificato, pubblico ufficiale. Ed infatti, mentre nell'art. 318 del codice penale, la condotta tipica, penalmente rilevante, si caratterizzava per la finalizzazione al compimento di “*un atto*” pur “*conforme ai doveri del suo ufficio*”, e tuttavia non necessario per la consumazione del reato; nell'art. 319 veniva invece contemplato il fatto del pubblico ufficiale che avesse finalizzato la medesima condotta tipica di ricezione ovvero accettazione di una promessa, al compimento, anche qui passato o futuro, di “*un atto contrario ai doveri di ufficio*” ovvero alla *omissione* o al *ritardo* nel compimento di “*un atto del suo ufficio*”⁹⁸. Pertanto, nella concussione propria poteva rilevare, ai fini della completa integrazione della fattispecie, ed in via alternativa, anche una condotta di tipo omissivo finalizzata al mancato compimento ovvero al ritardo nel compimento di un atto dovuto, il quale se altrimenti posto regolarmente in essere, con qualsivoglia condotta di tipo attivo, pur indebitamente accompagnata da “retribuzione”, avrebbe diversamente rilevato quale oggetto materiale della condotta tipica di corruzione impropria, ex art. 318 cod. pen.

⁹⁸ Così disponevano gli artt. 318 e 319 cod. pen., nella versione anteriore alla entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, da ultimo revisionati solo dalla riforma del 1990 (legge n. 86/1990):

Art. 318 – corruzione per un'atto d'ufficio: 1. Il pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

Art. 319 – corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio: 1. Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni”.

La prima modifica approntata dal legislatore del 2012 investe tuttavia proprio tale costruzione delle due fattispecie classiche di corruzione. In particolare, la riscrittura completa dell'art. 318 del codice penale, è stata prevista dall'art. 1 comma 75 lett f) della riforma in discorso⁹⁹.

Ad un primo raffronto tra le due fattispecie tipizzate nell'art. 318, nella sua versione *pre e post* riforma del 2012, emergono con chiarezza alcuni elementi distintivi. In primis, si appalesa agli occhi dell'interprete la nuova rubrica della fattispecie incriminatrice, significativamente riscritta, da "*corruzione per un'atto d'ufficio*", in *corruzione per l'esercizio della funzione*. Il dato è importante se non altro per il suo carattere anticipatorio rispetto alle nuove caratteristiche della condotta tipica di cui al nuovo art. 318, rimaste tuttavia invariate nel loro significante essenziale: anche nella nuova corruzione per l'esercizio della funzione infatti, la condotta del soggetto agente, sempre pubblico ufficiale, si identifica nell'indebita¹⁰⁰ ricezione di denaro od altra utilità ovvero, in via alternativa, nella indebita accettazione della loro promessa. A cambiare tuttavia, e ad imporre pertanto una rilettura dell'intera fattispecie, è proprio il mancato riferimento all'*atto dell'ufficio*, posto che la condotta tipica di cui all'art. 318 contempla ad oggi una nuova finalizzazione all'*esercizio della funzione o dei poteri*.

Il vecchio confine tra corruzione impropria e propria, basato sul criterio discrezionale della conformità-contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, perde dunque di qualsivoglia rilevanza ai fini dell'interpretazione sistemica della norma in commento, la cui nuova formulazione non contempla riferimento ad *atto* alcuno.

⁹⁹ L'art. 1, comma 75 lett. f) così dispone: "L'art. 318 è sostituito dal seguente: Art. 318 - corruzione per l'esercizio della funzione. 1. Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni".

¹⁰⁰ **n.d.r.** Si noti che, per la verità, nella vecchia corruzione impropria, l'oggetto materiale della condotta tipica era letteralmente identificato dal legislatore in una *indebita retribuzione*, di cui *denaro o altra utilità* sarebbero state predeterminate specificazioni della stessa: "*riceve...una retribuzione che non gli è dovuta, in denaro od altra utilità, ovvero ne accetta la promessa...*". Siffatta specificazione della condotta tipica, assente già allora dalla fattispecie di corruzione propria, scompare dalla nuova formulazione della condotta nell'art. 318, sicché può ragionevolmente affermarsi che, almeno sotto tale profilo, le due fattispecie così come risultanti dalla riforma del 2012, si siano avvicinate.

Slegando la condotta tipica di *ricezione* ovvero *accettazione* dalla finalizzazione al compimento di un atto, il legislatore penale procede così all'incriminazione del generale *mercimonio della funzione pubblica*, ovvero dei *poteri*, da parte del pubblico ufficiale, ampliando così la sfera di prescrizione punitiva anche ai casi in cui il loro esercizio prescindano *in toto* dal compimento di un atto specifico, ben potendo essi estrinsecarsi in tutt'altra modalità. A venir meno, nell'ambito della nuova formulazione dell'art. 318, è altresì il *distinguo* tra corruzione *antecedente* e *sussequente*, posto che anch'esso rinveniva la sua ragion d'essere nel compimento di un atto. Inoltre, anche a voler continuare a rinvenire la distinzione tra corruzione antecedente e sussequente pure nella nuova formulazione di cui all'art. 318, sia quantomeno lecito dubitare del risvolto pratico di siffatto *distinguo* posto che nella vecchia fattispecie di corruzione impropria ad esso conseguiva quantomeno una diversificazione sul piano trattamento sanzionatorio¹⁰¹, mentre attualmente nell'ambito dell'unitaria fattispecie di corruzione *per l'esercizio della funzione o dei poteri*, entrambe le forme temporali sembrerebbero essere state oggetto di equiparazione anche per quanto riguarda questo profilo¹⁰².

Conclusivamente, la soppressione del riferimento all'atto contribuisce così all'ingresso di un nuovo criterio discrezionale tra la fattispecie di corruzione di cui

¹⁰¹ Nella vecchia fattispecie di corruzione impropria di cui all'art. 318, le due forme antecedente e sussequente erano infatti sottoposte, rispettivamente nei commi 1 e 2, ad un differente trattamento sanzionatorio: da sei mesi a 3 anni di reclusione per la forma antecedente, reclusione fino ad un anno per la forma sussequente. Quindi la corruzione impropria sussequente veniva considerata di minore gravità, e al riguardo si ricordi che alcuni autori ne avevano addirittura auspicato la depenalizzazione: si veda in tal senso Bricola F. – in *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali* da Studi in onore di F. Santoro Passarelli, Napoli, 1976; e dello stesso avviso, Mirri M.B. - in *corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, Diritto e Processo Penale 442/1980.

¹⁰² Pertanto anche a voler appoggiare la tesi del Romano M. - che rinviene nella nuova locuzione “per l'esercizio...”, (*rectius*: in particolare nel “per”), una “*ambivalenza che può indicare indifferentemente sia la finalizzazione del patto corruttivo verso un esercizio futuro, sia la 'causa' per un esercizio passato della funzione*” [vd. nota successiva] - è innegabile che la distinzione rischia di restare relegata alla speculazione teorica, posto che la pena della reclusione da 1 a 6 anni, così come aumentata nel suo massimo edittale dalla l. 69/2015, è il solo trattamento sanzionatorio previsto dalla formulazione della nuova corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod.pen., che prevede infatti un solo comma; e d'altra parte non si rinvengono altrove nel sistema riferimenti più solidi che possano legittimamente giustificare eventuali risvolti pratici della permanenza di una simile distinzione nell'ambito della nuova fattispecie.

all'art. 318, e quella di corruzione propria di cui all'art. 319, quest'ultima essendo, anche a seguito della riforma del 2012, rimasta evidentemente ancorata all'elemento della *finalizzazione* della condotta tipica al *compimento di un atto (contrario ai doveri d'ufficio)*, ovvero alla *omissione* o al *ritardo nel compimento di un atto dovuto*. In generale, come asserito da autorevole dottrina “*sebbene la riforma nel 2012 ne abbia fatto una figura-base, avente carattere generale rispetto alle altre corruzioni (in quanto anche in queste è implicito l'esercizio della funzione), la si può ancora considerare in contrapposizione alla corruzione c.d. propria (art.319). E infatti, mentre quest'ultima, rimasta immutata, riguarda sempre un atto contrario ai doveri d'ufficio ovvero l'omissione o il ritardo di un atto d'ufficio, la corruzione per l'esercizio della funzione, sensibilmente meno grave dell'altra, si assume sempre necessariamente conforme ai doveri, senza alcun profilo di contrasto con l'ordinamento*”¹⁰³.

Già nei primi commenti alla riforma anticorruzione del 2012, autorevole dottrina¹⁰⁴ ebbe modo di rilevare come, con la riformulazione dell'art. 318 cod. pen., e con il conseguente ampliamento della sfera di prescrizione punitiva, il legislatore del 2012 avrebbe voluto sostanzialmente provvedere a colmare una lacuna normativa, già riscontrata dalla precedente giurisprudenza di legittimità, rispetto a tutte quelle situazioni in cui il soggetto agente pubblico si fosse sistematicamente posto a ‘libro paga’ del privato-imprenditore, e ciò anche a prescindere dall'esistenza di un atto. Più in particolare, legislatore del 2012 avrebbe così provveduto a positivizzare quel diffuso orientamento giurisprudenziale che, negli anni precedenti, e sia pure con riferimento alla fattispecie di corruzione propria di cui all'art. 319, aveva promosso un'interpretazione estensiva del termine *atto*, fino a ricomprendervi una considerevole gamma di comportamenti, finanche meramente materiali, purché astrattamente riconducibili alle funzioni di pubblico ufficiale; e ciò anche prescindendo dalla concreta individuazione di un atto al cui compimento riconnettere

¹⁰³Così Romano M., commentando la nuova corruzione per l'esercizio della funzione, in *I delitti dei pubblici ufficiali* da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

¹⁰⁴Così Viganò F. - in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.01.2015; e vedi altresì Pulitanò D. - in *La novella in materia di corruzione* in *Cass. pen. suppl. al fasc. 11/2012*.

il *pactum sceleris* o accordo corruttivo. L'accordo pertanto, si è detto, poteva avere ad oggetto anche l'asservimento *in toto* della funzione pubblica agli interessi del privato-corruttore, tale asservimento inteso come atto genericamente contrario ai doveri dell'ufficio¹⁰⁵.

In generale per una dettagliata disamina del filone giurisprudenziale in discorso si veda la sentenza del Novembre del 2014¹⁰⁶ nella quale i giudici della Sesta Sezione penale della Suprema Corte, ponendosi solo apparentemente nel solco del precedente filone giurisprudenziale affermano: “*L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 319 cod.pen. (...) che questo collegio condivide e ribadisce, è costante e consolidata nel tempo, a partire dalle prime decisioni risalenti agli anni Novanta*”¹⁰⁷ e ancora, “*attraverso un'interpretazione estensiva della relazione tra promessa-dazione e atto di ufficio, si è affermato che ricade nel reato di corruzione propria non solo l'accordo illecito che prevede lo scambio tra il denaro o altra utilità e un determinato o ben determinabile atto contrario ai doveri di ufficio, ma anche l'accordo avente per oggetto una pluralità di atti, non preventivamente fissati, ma pur sempre 'determinabili per genus mediante il riferimento alla sfera di competenza o all'ambito di intervento del pubblico ufficiale' o - più schiettamente e senza perifrasi - i pagamenti eseguiti in ragione delle funzioni esercitate dal pubblico ufficiale, per retribuirci i favori, così da ricomprendervi l'ipotesi del c.d. asservimento della funzione pubblica agli interessi privati*”. Nell'ambito della medesima statuizione tuttavia, e qui si sottolinea il carattere innovativo della pronuncia rispetto ai rapporti che intercorrono tra i due delitti di corruzione, la Corte ha avuto modo di precisare che, a seguito della riformulazione dell'art. 318 da parte della legge n. 190 del 2012, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale agli interessi personali di un terzo che implichi “*l'impiego permanente a compiere o ad omettere una serie indeterminata di atti (...) pur ricollegabili genericamente alla*

¹⁰⁵ Tra le più recenti statuizioni della giurisprudenza di legittimità che aderiscono a suddetta interpretazione estensiva dell'art. 319 cod. pen. vedi in particolare Corte di Cass., sez. VI pen, sent. 22. 06. 2006 n. 21943; e altresì vd. nota successiva.

¹⁰⁶ La sentenza in commento è la n. **49226** del 26.11.2014, Cass. sez. VI pen.

¹⁰⁷ In particolare i giudici della sez. VI pen. richiamano, tra le statuizioni della sezione: sent. 17.2.1996, Cariboni; sent. 5.3.1996, Magnano; sent. 5.2.1998, Lombardi; sent.13.8.1996, Pacifico; sent. 25.3.1999, Di Pinto; fino alle più recenti sent. 25.08.2009 n. 34834 (Ferro) e 16.05.2012 n. 30058 (Di Giorgio).

funzione esercitata, integra il reato di cui all'art.318 del codice penale” e non più quindi il reato, più grave, di corruzione propria di cui all'art. 319 cod. pen. “salvo che, la generale messa a disposizione della funzione, abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, poiché in tal caso, si determinerebbe una progressione criminosa nel cui ambito le singole dazioni, eventualmente effettuate, si atteggiavano a momenti esecutivi di un unico reato di corruzione propria a consumazione permanente”. La Corte di Cassazione individua così, nella motivazione della sentenza in commento, la possibile sussistenza di un rapporto di progressione criminosa tra le due fattispecie incriminatrici di corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione propria di cui agli artt. 318 e 319 cod.pen. La giurisprudenza in commento ha trovato sostegno anche in parte della dottrina prevalente che, pur dimostrandosi critica rispetto ad altre variazioni nella descrizione della fattispecie tipica di cui al nuovo art. 318 cod. pen., ha significativamente abbracciato la tesi della progressione criminosa tra i due delitti di corruzione¹⁰⁸.

Si noti tuttavia il distacco tra le conclusioni cui giunge la Sez. VI pen. nella statuizione appena commentata e quelle cui la medesima Sezione era pur giunta appena qualche mese prima nel Febbraio¹⁰⁹ dello stesso anno. In particolare, in quell'occasione i giudici della Suprema Corte avevano riaffrontato la 'calda' tematica della possibile sussunzione della condotta del pubblico ufficiale che genericamente si fosse posto 'a libro paga' del privato, sempre nell'ambito dell'art.

¹⁰⁸ Così ad esempio M. Romano, che difatti afferma: “*Resta inteso, in ogni caso, che l'art. 318 – n.d.r. nella nuova versione successiva alla riforma del 2012 – capace per la sua genericità di accogliere e di sanzionare i casi di corruzione per l'asservimento della funzione, troverà applicazione quando, e sino a che, non siano ben identificabili i favori al privato concordati tra costui e il pubblico ufficiale, postosi dietro compenso 'a disposizione', nonché la loro precisa natura rispetto ai doveri dell'ufficio (...)*” e ancora “*Fino a qui, non si integra alcuna corruzione propria ex art. 319 cod. pen. (...) L'art. 319 subentrerà invece quando anche uno di detti favori concordati comportasse il compimento di uno o più atti contrari ai doveri medesimi. La corruzione per l'esercizio della funzione infatti, sebbene sia divenuta figura generale (...) si applica nei soli casi di conformità ai doveri, soppiantata dall'art. 319 quando l'accordo verta altresì sul compimento di anche un atto soltanto 'contrario', ovvero sulla omissione o ritardo di un atto dovuto*”. L'Autore conclude per l'esclusione del concorso dei reati di cui agli artt. 318 e 319 cod.pen., nel caso di unica pattuizione antecedente e comprendente entrambe le condotte, considerando dunque speciale la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 319 – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

¹⁰⁹ Ci riferiamo alla **sent. 28.02.2014 n. 9833**, Cass. sez. VI pen. intervenuta appunto solo qualche mese prima rispetto alla pronuncia del Novembre 2014 appena commentata.

319 cod.pen, mantenendosi così nel solco dell'orientamento giurisprudenziale estensivo sino ad allora prevalente, o piuttosto nella previsione del novellato art. 318 cod. pen. “*come sembrerebbe doversi dedurre ad una prima lettura della riscritta fattispecie incriminatrice*”, come proposto dal ricorrente e come pure la medesima Sezione aveva già affermato appena un anno prima¹¹⁰. In quest'occasione tuttavia per i giudici della Sesta Sezione, lo stabile asservimento della pubblica funzione agli interessi personali del privato, implicante il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri d'ufficio - quand'anche non indentificabili ex post, né specificatamente predeterminati dai soggetti autori del *pactum sceleris* - era da continuare a sussumersi, contrariamente da quanto affermato nel 2013¹¹¹, nell'ambito applicativo della fattispecie di cui all'art. 319 del codice penale, e quindi della corruzione propria, “*e non nel più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen.*” nel testo introdotto dalla legge n. 190/2012. A sostegno dell'interpretazione in discorso, che sembra porsi in linea di mera continuità rispetto alla giurisprudenza estensiva consolidatasi nella vigenza della vecchia fattispecie di corruzione impropria, i giudici della Suprema Corte affermarono che “*la condotta di*

¹¹⁰ Più in particolare, nella pronuncia del Febbraio 2014 in commento, i giudici della Sez. VI, a sostegno della tesi della sussunzione dell'asservimento sistemico della funzione, pur implicante atti contrari ai doveri, nell'ambito del novellato art. 318 cod. pen., richiamano le motivazioni di diritto di cui alla sent. 11.01.2013 n. 19189 Cass. sez. VI pen. nell'ambito della quale, in probabile ansiosa applicazione della nuova fattispecie incriminatrice, s'era in effetti affermato che “*il nuovo art. 318 cod. pen. ha determinato un'estensione dell'area di punibilità, in quanto ha sostituito alla precedente causale del compimento o compiuto atto d'ufficio, oggetto di 'retribuzione', il più generico collegamento della dazione o promessa di utilità (...) all'esercizio delle funzioni o dei poteri (...) così configurando, per i fenomeni corruttivi non riconducibili nell'area dell'art. 319 cod. pen., una fattispecie di onnicomprensiva 'monetizzazione' del munus pubblico, sganciata in sé da una logica di formale sinallagma e idonea a superare i limiti applicativi che il vecchio testo (...) presentava in relazione alle situazioni di incerta individuazione di un qualche concreto comportamento pubblico oggetto di mercimonio*”; la giurisprudenza di legittimità manifestò pertanto, a poco tempo dall'introduzione della nuova corruzione per l'esercizio della funzione, una certa ansia interpretativa dell'*intentio legislatoris*, accogliendone gli scopi suppletivi rispetto alla precedente lamentata lacuna normativa, attraverso la positiva creazione, nell'art. 318 cod. pen., di una figura di corruzione a carattere sussidiario e generale. Anche parte della dottrina ha per la verità sostenuto che la formulazione generica del nuovo articolo 318 del codice penale sia “*ampia e idonea a ricomprendere nel proprio ambito sia l'attività conforme ai doveri d'ufficio e alle finalità istituzionali, sia quella che si svolga in violazione di tali doveri o frustrando lo scopo per cui il potere è stato attribuito*”, così Padovani T. – in *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria da Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, Guida al Diritto n. 48/2012.

¹¹¹ vd. nota precedente – Cass. sez. VI pen. sent. n. 19189/2013

*un pubblico ufficiale che compia per denaro o altra utilità anche un solo suo atto contrario ai doveri d'ufficio è punito con pena cospicua oscillante tra i 4 e gli 8 anni di reclusione (come da novellato incremento delle pene dell'art. 319 cod. pen.); al contrario, aderendo alla tesi del ricorrente, un pubblico ufficiale stabilmente infedele, che ponga la sua intera funzione (...) al servizio degli interessi privati, pur ricorrendo ad atti contrari alla funzione, non specificatamente individuabili, si vedrebbe irragionevolmente punito con pena assai più mite, qual è quella del riformato art. 318 cod. pen. (da 1 a 5 anni di reclusione)". E' sufficiente pertanto che si sia in presenza di un'asservimento funzionale, implicante una serie di atti, e dei quali uno soltanto si ponga in contrasto con i doveri d'ufficio, affinché - quand'anche gli atti nel loro insieme non siano individuabili *ex post*, né comunque *ex ante* predeterminati dai soggetti agenti - si ricada comunque nell'ambito di applicazione della corruzione propria di cui all'art. 319. E la conclusione in discorso, (si badi bene, in ciò consiste il profilo di parziale distonia rispetto alla prima pronuncia analizzata), non è giustificata - come accadrà invece nel successivo Novembre dello stesso anno, e nel senso di un affinamento dei rapporti tra le due corruzioni - nell'esistenza di un nuovo rapporto di progressione criminosa tra le due fattispecie incriminatrici; bensì in una mera valutazione sul maggior disvalore giuridico che i giudici legano all'ulteriore inasprimento, operato dal legislatore penale del 2012, del trattamento sanzionatorio previsto per la corruzione propria nell'art. 319 cod. pen.*

Per quanto riguarda il panorama dottrinario, pur accogliendo la sovraesposta tesi della progressione criminosa tra i due delitti di corruzione tipizzati negli art. 318 e 319, assai criticamente, rispetto alla generale riscrittura dell'art. 318, si esprime il Romano, sottolineando come l'intervento riformatore del 2012, pur avendo avuto come obiettivo la "*semplificazione nell'accertamento del reato...non è immune da seri difetti*". In particolare, la nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, non sembrerebbe a detta dell'Autore, più tenere debitamente conto di una serie di *tradizionali distinzioni* e del conseguente disvalore giuridico che classicamente le accompagnavano. Tra le altre, viene eliminata la distinzione tra corruzione antecedente e susseguente, "*senza segnalare in alcun modo, già nella*

misura della sanzione edittale, la sensibile minore gravità della seconda rispetto alla prima”¹¹².

Il Romano non manca altresì di dimostrarsi aspramente critico rispetto all’allargamento della sfera di prensione punitiva, dovuto alla soppressione del riferimento all’atto d’ufficio dal precetto della norma, affermando quindi che “*l’estensione della punibilità a casi in cui un singolo atto o singoli atti, e la loro natura, non siano identificabili (...)*” finisce per pagare inevitabilmente “*un prezzo eccessivo, quando accomuna precariamente atti o comportamenti del soggetto pubblico conformi e contrari ai doveri*”. Ed infatti, a riprova dell’eccessivo prezzo pagato dalla soppressione di siffatta distinzione, conclude Romano: “*Vi è una indubbia differenza tra il pubblico ufficiale che (...) si pone ‘a disposizione’ assicurando tuttavia che (...) si atterrà comunque alla più scrupolosa legalità (...); e il pubblico ufficiale che invece si rende genericamente disponibile a favorire il privato, senza badare alla contrarietà dei suoi atti ai doveri propri dell’ufficio*”¹¹³. *L’art. 318 non riesce a dar conto di un divario così netto*”. Differenza che, come si è già avuto modo di dar conto, la giurisprudenza successiva alla riforma ha cercato immediatamente di rimarcare, procedendo alla ristrutturazione del rapporto intercorrente tra le due corruzioni, dapprima legando il disvalore giuridico della contrarietà ai doveri d’ufficio all’inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore del 2012 per la corruzione propria di cui all’art. 319 cod.pen., ed solo in seguito, attraverso la tesi della c.d. progressione criminosa.

¹¹² Ci riferiamo sempre a M. Romano – in [vd. nota precedente]; ed altresì dello stesso avviso, ovverosia a favore della tesi della tradizionale differenziazione nell’attribuzione del disvalore giuridico alla condotta, rispetto al momento temporale in cui interviene il *pactum sceleris*, Fiandaca G. e Musco E. per i quali “*la corruzione antecedente*” era “*tradizionalmente*” considerata “*più riprovevole di quella susseguente perché il pactum sceleris che precede lo svolgimento dell’attività si riteneva rivelasse una più accentuata pericolosità*” – in *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1 : Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010.

¹¹³ Anticipano la dottrina in commento Fiandaca e Musco. Gli Autori, ben prima dell’intervento del 2012, si dimostravano infatti già critici verso certa parte della dottrina che proponeva, a seguito della riforma di cui alla legge n. 86/1990, l’equiparazione nel trattamento sanzionatorio tra corruzione impropria e propria, anticipando così la soppressione del criterio discrezionale di conformità-differenza operato solo più tardi dal legislatore del 2012, pur nel solo ambito dell’art. 318. I sostenitori di detta tesi, per gli autori avrebbero tuttavia “*trascurato di considerare la maggiore offensività della violazione dei doveri d’ufficio*” – in *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1 : Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010.

Si tenga conto al riguardo tuttavia che la giurisprudenza della Cassazione ha di recente manifestato un'ulteriore evoluzione in materia di rapporti intercorrenti tra i due delitti di corruzione, affermando il principio di diritto per cui *“lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, con episodi sia di atti contrari ai doveri d'ufficio che di atti conformi o non contrari a tali doveri, configura l'unico reato, permanente, previsto dall'art. 319 c.p., rimanendo assorbita la meno grave fattispecie di cui al precedente art. 318”*¹¹⁴, e riassetandosi quindi nel solco della predilezione di un criterio del disvalore giuridico, o della gravità, precipuamente legato all'asprezza del trattamento sanzionatorio, e dovuto alla contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio.

Conclusivamente, è possibile affermare che il rapporto tra i due delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319 da alternativo che era, ovvero sia fondato sul criterio discrezionale della conformità-contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, è ora divenuto da norma generale a norma speciale. Per la prevalente dottrina si tratterebbe in particolare di *specialità unilaterale per specificazione, perché, mentre l'art. 318 prevede e punisce la generica condotta di ‘vendita’ della pubblica funzione, l'art. 319 enuclea un preciso atto, contrario ai doveri di ufficio, che diviene oggetto di illecito mercimonio*¹¹⁵.

Dello stesso avviso la Corte di Cassazione che al riguardo ha significativamente affermato essendo le due fattispecie *“caratterizzate l'una dall'assenza l'altra dalla presenza di un atto contrario ai doveri di ufficio, volendo individuare quale sia la norma penale applicabile, occorrerà previamente accertare se l'asservimento della funzione sia rimasto tale o sia sfociato nel compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio. Nella prima ipotesi, il fatto sarà sussunto nella nuova fattispecie descritta dall'art. 318 cod. pen. che, elevando a fatto tipico uno dei tanti fenomeni di corruzione propria prima compresi nell'art. 319 cod. pen., ha assunto - rispetto ai fatti commessi ante riforma - il ruolo di norma speciale destinata a succedere nel tempo a quella generale, perché la pena comminata dall'art. 318 è, nel minimo*

¹¹⁴ La sent. è la n. **40237** del 20.09.2016, Cass. sez. VI pen.

¹¹⁵ Così Dolcini E e Viganò F – in *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, Diritto Penale Contemporaneo 27.04.2012; ed altresì Padovani T. – in *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria da Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, Guida al Diritto N. 48/2012.

edittale (un anno di reclusione, anziché due), più favorevole al reo. Nell'ipotesi, invece, che l'asservimento della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, il fatto resterà sotto il regime dell'art. 319 cod. pen.”¹¹⁶

3.1. La scomparsa del riferimento alla retribuzione: quale rapporto di sinallagmaticità e quale rilevanza penale ai donativi d'uso?

Occorre a questo punto dar conto di un'ulteriore innovazione introdotta dalla riforma del 2012, che attraverso la semplice espunzione di un ulteriore elemento dalla originaria struttura del reato di corruzione impropria, ha dato luogo a considerevoli contrasti interpretativi.

Nella descrizione originaria dell'oggetto materiale cui riferire la condotta tipica del pubblico ufficiale (e al contempo del privato-corruttore), l'art. 318 abr. cod. pen. conteneva infatti un espresso riferimento alla *retribuzione non dovuta*, che poteva consistere *in denaro od altra utilità*. In particolare, l'impiego del termine *retribuzione* veniva considerato da larga parte della dottrina prevalente¹¹⁷ manifestazione dell'*intentio legislatoris* di escludere dall'ambito di operatività della corruzione impropria, tutte quelle situazioni in cui non fosse rinvenibile un vero e proprio rapporto di sinallagmaticità tra la prestazione del privato e quella del soggetto pubblico; e di includervi d'altra parte soltanto quelle dazioni o promesse che risultassero proporzionate al tipo e all'importanza della prestazione richiesta al pubblico ufficiale. Si escludeva pertanto la configurabilità del reato di corruzione impropria, di cui all'art. 318 abr., in presenza di una palese sproporzione tra le due prestazioni ovvero nel caso in cui la dazione o promessa da parte del privato-corruttore avesse avuto ad oggetto un'utilità di modico valore.

¹¹⁶ Così ancora in sent. 26.11.2014, n. 49226 Cass. sez. VI pen.

¹¹⁷ Così Fiandaca G. e Musco E. – in [vd. nota precedente]; ed altresì Antolisei F. che afferma infatti: “(...) nel concetto di retribuzione è senza dubbio implicita una certa proporzionalità tra la prestazione del privato e quella del funzionario, onde non si può parlare di corruzione quando sussista una sproporzione manifesta tra le due prestazioni, come nei casi di piccolo donativo e di modesti omaggi di cortesia o di onoranze, in occasione di ricorrenze, festeggiamenti...” – in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano, 2008.

La prevalente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione si era anch'essa da tempo unanimemente informata¹¹⁸ a tale criterio discrezionale, ritenuto idoneo per affermare od escludere la sussistenza del delitto in commento. In particolare, i donativi di modico valore, c.d. *munuscula*, o regalie, venivano genericamente ritenuti idonei dalla giurisprudenza ad escludere la configurabilità del solo del reato di corruzione impropria, come previsto dall'originario articolo 318 c.p., e non anche a consentire un giudizio sulla configurabilità della corruzione propria di cui all'articolo 319 del codice penale. Infatti, solo nell'originario disposto dell'art. 318abr. era presente l'esplicito riferimento alla *retribuzione*. Di conseguenza, soltanto nell'ambito della ricezione ovvero accettazione di una promessa per il compimento di un atto d'ufficio, che avessero avuto ad oggetto dei *munuscula*, offerti dal privato-corruttore, era possibile ritenere che le piccole regalie non avessero in concreto ingenerato alcuna influenza nella formazione dell'*atto conforme* ai doveri del pubblico ufficiale: per la loro manifesta sproporzione rispetto all'atto concretamente posto in essere, e pur rientrando nelle funzioni del soggetto pubblico agente, i c.d. donativi d'uso in particolare venivano considerati del tutto inidonei ad assumere il valore e il significato di una *retribuzione - e non dovuta -* per il pubblico ufficiale¹¹⁹.

Come si è detto tuttavia, a seguito della riformulazione della fattispecie da parte del legislatore del 2012, si assiste anche alla soppressione, accanto a quella del riferimento all'atto d'ufficio, del riferimento alla *retribuzione non dovuta*, che – come già nell'art. 319 cod. pen. – viene sostituita da un generico “*denaro od altra*

¹¹⁸ F. Antolisei richiama al riguardo alcune risalenti pronunce delle Sezioni Unite, tra cui Cass.sez. un. del 5.03.1996 (in *Mass. dec. pen.*, 1996) ed altresì le sent. 9.02.1994 (in *Riv. pen.* 1995); e 16.05 e 16.06 del 1958 (in *Giur. pen.*, 1959); e 1.02.1951 (in *Giust. Cass. pen.* 1951); nelle quali, aggiunge, “*la Corte Suprema ha ritenuto che il delitto di corruzione del pubblico ufficiale non sussiste nel caso di donativi, soltanto per questi per la loro modicità, fanno escludere la possibilità d'influenza sul compimento dell'atto d'ufficio, in modo da non apparire quale corrispettivo*” – in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano, 2008.

¹¹⁹ Il principio di diritto è stato ribadito in una più recente pronuncia di Cass. sez. VI pen. sent. n. 30268 del 09/07/2002, dove si è ribadita l'irrelevanza penale delle regalie o donativi d'uso, pur nel solo ambito della vecchia corruzione impropria: “*(...) le piccole regalie d'uso possono escludere la configurabilità soltanto del reato di corruzione per il compimento di un atto di ufficio, previsto dall'art. 318 cod. pen., giammai quello di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio previsto dall'art.319 cod.pen., perché solo nel primo caso è possibile ritenere che il piccolo donativo di cortesia non abbia avuto influenza nella formazione dell'atto stesso*”.

*utilità*¹²⁰. La dottrina, si è dimostrata da subito assai scontenta dell'espunzione in commento, sottolineando *“il rischio che si pregiudichino anche gli stessi donativi d'uso, certamente da salvaguardare in base ad adeguati usi sociali (...) sicchè, al pur legittimo altare di una concezione inflessibile della corruzione (mai per nessuna ragione, un qualsiasi compenso extra al soggetto pubblico), combinata con la ricerca di più agevoli scorciatoie processuali*¹²¹, *si sacrificano esigenze minimali di graduazione dei disvalori (...) tanto che, vi è da chiedersi se (...) valesse realmente la pena di distanziarsi così vistosamente dalla onesta tradizione dell'art. 318 previgente*¹²². Inoltre, ancor prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012, si era al riguardo affermato che, pur occorrendo sicuramente una rivisitazione complessiva dei delitti di corruzione¹²³, la prospettata *“incriminazione di una corruzione per esercizio della funzione (...) non pare appagante sul piano dei principi (...)”* in quanto essa *“finirebbe per abbracciare comportamenti criminosi alquanto eterogenei quanto a disvalore (...) senza considerare che disancorando la fattispecie di corruzione dall'atto d'ufficio si rischia di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche i c.d. munuscula, visto che non essendo determinabile la*

¹²⁰ n.d.r. vedi il testo attuale dell'art. 318 cod. pen.: *“(...) che per l'esercizio delle sue funzioni (...) indebitamente riceve (...) denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa...”*. Come si vede è scomparso qualunque riferimento all'elemento oggettivo della retribuzione non dovuta.

¹²¹ n.d.r. Ci si riferisce al vantaggio di alleggerire l'onere probatorio sussistente in capo al pubblico ministero, non più costretto ad individuare uno specifico atto ai fini della contestazione della fattispecie in commento.

¹²² Così Romano M. che ricollega peraltro all'espunzione in discorso, in un'ottica di tutt'altro che coerente rivisitazione complessiva dell'elemento oggettivo relativo ai donativi d'uso (non più penalmente irrilevanti, ex nuovo art. 318), la riformulazione del nuovo art. 54 del Testo Unico sul pubblico impiego, di cui al Dlgs.165/ 2001, sempre ad opera del legislatore del 2012. Nell'art. 54 del TU sul pubblico impiego è infatti inserita la precisazione che il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, preveda sì comunque *“per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regalie o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati (...)”* ma aggiungerebbe altresì nella parte finale dell'articolo, e con clausola eccettuativa di difficile interpretazione, *“fatti i salvi regali d'uso, purchè di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia”* – Romano M. in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

¹²³ L'esigenza della riscrittura dei delitti di corruzione, annettendo all'area del penalmente rilevante anche il generico asservimento della funzione, ed introducendo a tal fine una fattispecie incriminatrice ad hoc, era invero già stata sottolineata dalla dottrina, e vd in tal senso Fiandaca G. – in *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, Rivista Diritto e Procedura Penale, 02/2000; ed altresì Davigo P. e Mannozi G. – in *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007.

*prestazione del corrotto, quella del corruttore finirebbe sempre per assumere carattere retributivo della generica funzione pubblica”¹²⁴. Per la dottrina dunque, l’espunzione del riferimento alla retribuzione dal disposto della nuova corruzione per l’esercizio della funzione di cui all’art. 318, potrebbe comportare il rischio, sul piano applicativo, di riconoscere rilevanza penale anche ai c.d. *munuscula*, tradizionalmente inidonei a manifestare qualsivoglia genere di capacità sinallagmatico-retributiva: “il legislatore, sopprimendo il riferimento alla retribuzione e dunque, al carattere sinallagmatico dell’accordo corruttivo, determina quale conseguenza che anche la dazione o la promessa dei “*munuscula*” e di regalie d’uso, che sia connessa all’esercizio della funzione potrà essere perseguita”¹²⁵. E ciò con buona pace del principio di offensività come sottolineato da coloro che hanno manifestato conseguenzialmente l’esigenza di ribadire come, anche a seguito dell’elisione del riferimento alla retribuzione nel testo della nuova corruzione di cui all’art. 318, “perché sussista la corruzione, la retribuzione promessa o data deve essere comunque ‘proporzionata’ rispetto al favore ottenuto o da ottenere, giacché in difetto evidente di proporzione non si potrebbe collegare causalisticamente alla prima la condotta assunta o che dovrà assumere il pubblico ufficiale”¹²⁶.*

Anche in sede giurisprudenziale l’elisione del termine retribuzione dal disposto della nuova fattispecie incriminatrice ha posto il problema di stabilire se, ai fini della configurabilità del nuovo reato di corruzione per l’esercizio della funzione, debba ancora oggi richiedersi o meno la proporzionalità della dazione o promessa.

¹²⁴ Così Cingari F. – in *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, Diritto Penale Contemporaneo, 20. 02. 2012; e vd. altresì Dolcini E. e Viganò F. che hanno, sin dai primi passi mossi in sede parlamentare dalla riforma, sempre escluso la possibilità della attribuzione di una rilevanza penale ai *munuscula*, e quindi anche quella di poter prescindere da un indispensabile rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni dei soggetti agenti, posto che, diversamente opinando, ne uscirebbe indubbiamente leso il principio di offensività – in *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, Diritto Penale Contemporaneo 27.04.2012

¹²⁵ La citazione è tratta dal saggio di Rinaldi F.V. – in *La legge “anticorruzione” e la riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, FiloDiritto 13.06.2013.

¹²⁶ Così Amato G. - in *Concussione: resta solo la condotta di «costrizione»*, da *Legge anticorruzione/2: l’analisi delle norme penali*, Guida al Diritto 48/2012; ed altresì Dolcini E. e Viganò F. che sottolineano la lesione del principio di offensività dovuta all’eventuale affermazione della rilevanza penale dei *munuscula* – in *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, Diritto Penale Contemporaneo 27.04.2012

A riguardo la Cassazione si era inizialmente espressa nel senso della non necessità di suddetto requisito per l'integrazione della fattispecie, posto che il nuovo art. 318 cp., *lungi dall'abolire, in tutto o in parte, la punibilità delle condotte già previste dal vecchio testo dell'articolo (...) ha al contrario determinato un'estensione dell'area di punibilità (...) così configurando, per i fenomeni corruttivi non riconducibili all'area dell'art. 319 una fattispecie di onnicomprensiva 'monetizzazione' del munus pubblico, sganciata in sé da una logica di formale sinallagma e idonea a superare i limiti applicativi che il vecchio testo (...) presentava in relazione alle situazioni di incerta individuazione di un qualche concreto comportamento pubblico oggetto di mercimonio (...)*¹²⁷ anche dette situazioni di corruzione *incertis actis*.

Si tenga tuttavia debitamente conto di una recente inversione di tendenza prospettata dai giudici della Suprema Corte che, seppur esprimendosi relativamente all'integrazione della fattispecie di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 del cod. pen., hanno affermato: *"(...) è da escludere l'area del penalmente rilevante nelle ipotesi in cui l'offerta del privato al pubblico ufficiale si sia rivelata inidonea potenzialmente a ledere o a porre in pericolo l'interesse protetto dalla norma e, ciò in particolar modo quando, versandosi in situazioni di cui al primo comma dell'art. 322, si sia in presenza di piccole regalie di cortesia o d'uso(...)"*¹²⁸. In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici della Sesta Sezione, il titolare una ditta di soccorso stradale, al termine di un'operazione di soccorso, offriva agli agenti di polizia, oltre il caffè, una banconota da 50 euro: tale condotta è dunque sufficiente per la configurazione del reato di istigazione alla corruzione per l'esercizio della funzione, di cui all'art. 322 comma 1 cod.pen.? La risposta è negativa. La Corte sottolinea infatti come *"il reato in esame disciplinato dall'art. 322 c.p. ha la finalità di estendere la punibilità dell'agente, sia privato che pubblico, in fattispecie in cui l'ipotesi base di corruzione non sia neppure realizzata sotto forma di tentativo, e sia, tuttavia, insidiato il senso di rettidutine che deve accompagnare l'esercizio delle funzioni pubbliche"*. La Corte precisa infine che nel caso in esame, diversamente opinando e considerando penalmente rilevante la dazione del *munusculum*, si sarebbe avallata una lesione del principio di offensività, posto peraltro che all'imputato, dalla

¹²⁷ Ci riferiamo nuovamente a sent. 11.01.2013 n. 19189, Cass. sez. VI pen, e [vd. nota 37]

¹²⁸ Così Cass. sez. VI pen. in sent. 21.04.2017 n. 19319

dazione effettuata non poteva derivare alcun vantaggio futuro, “*stante la rigida regola di rotazione prevista per il servizio di recupero dei mezzi su strada*”. Pertanto, non si ricade nell’ipotesi del primo comma dell’art. 322 c.p., ma si tratterebbe di una “*condotta di offerta penalmente irrilevante*”.

A ben guardare in effetti, la tesi della permanente irrilevanza penale della condotta che abbia ad oggetto un’*utilità* consistente in un *munusculum*, e quindi una regalia di modico valore, rinverrebbe un ultimo e sicuro baluardo proprio nel principio di offensività, cui deve pur sempre informarsi una lettura costituzionalmente orientata di qualsiasi fattispecie incriminatrice, ed *ergo* anche della nuova corruzione per l’esercizio della funzione di cui all’art. 318 cod. pen. In particolare, nel rispetto del principio di offensività di cui all’art. 25 comma 2 COST può dirsi costituzionalmente opportuno che vengano estromessi dalla sfera di prensione punitiva di una fattispecie legale, tutti i fatti che si qualifichino come inoffensivi, anche solo in via di nocumento meramente potenziale, rispetto al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Conseguenzialmente, ed in armonia a quanto statuito nell’ultima pronuncia della Cassazione analizzata, quando si tratti di *munuscula*, venendo meno la lesione del bene giuridico protetto nei delitti di corruzione, ed altresì la semplice esposizione a pericolo del bene giuridico stesso, dovrebbe ragionevolmente concludersi per l’irrilevanza penale della condotta che li ha ad oggetto.

Volendo peraltro dare ulteriore appiglio normativo alla tesi costituzionalmente orientata in discorso, si potrebbe fare anche riferimento all’art. 54 del Testo Unico sul Pubblico Impiego nella parte in cui esclude l’imposizione di un divieto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni di accettare, a qualsiasi titolo, *donativi d’uso di modico valore e rientranti nei limiti delle normali relazioni di cortesia*.

3.2. Soggetti attivi: estensione per l'incaricato di pubblico servizio, ancora problemi di punibilità per il privato-corruttore

Per quanto riguarda l'incaricato di pubblico servizio, si è già detto di come la presenza della norma di estensione della punibilità di cui all'art. 320 cod. pen., stante il suo semplice rinvio alle norme di cui agli artt. 318 e 319, ponesse tuttavia alcuni problemi relativamente alla vecchia fattispecie di corruzione impropria, posto che l'estensione di detta previsione all'incaricato di pubblico servizio era subordinata all'ulteriore circostanza che l'incaricato rivestisse anche la qualifica di pubblico impiegato¹²⁹. A seguito della riforma del 2012, la norma è stata opportunamente modificata ed il rinvio di cui all'art. 320 riveste carattere generale, statuendo: “*Le disposizioni degli articoli 318 e 319 si applicano anche all'incaricato di pubblico servizio*”. Ad oggi può pertanto rendersi soggetto attivo, ed autore materiale della condotta tipica di cui all'art. 318 cod.pen., anche colui che non risulti stabilmente inserito nell'organizzazione di apparato della Pubblica Amministrazione, in ragione di un rapporto lavorativo di dipendenza-subordinazione, e che quindi sia incaricato di pubblico servizio ‘semplice’¹³⁰. Per tale via, si spiegherebbe il permanente riferimento, nell'ambito dell'art. 318, ai *poteri*, quand'anche tra i soggetti attivi venga annoverato il solo pubblico ufficiale.

Per quanto riguarda invece la punibilità privato-corruttore, necessario compartecipe di un delitto che resta a struttura bilaterale, occorre in primo luogo sottolineare come a causa di un difetto di coordinamento, l'attuale art. 321 del codice penale continua a far riferimento al solo comma 1 dell'art. 318, che in passato prevedeva la sola corruzione impropria in forma antecedente¹³¹. Tuttavia la riformulazione della

¹²⁹ **n.d.r.** La netta distinzione imposta dalla vecchia formulazione dell'art. 320, rendeva non punibile a titolo di corruzione impropria l'incaricato di pubblico servizio ‘semplice’ che non fosse al contempo fornito della qualifica di pubblico impiegato.

¹³⁰ Al riguardo afferma Bartolini F. “*Attualmente sarebbe ritenuto punibile – n.d.r. ex artt. 318 e 320 cod. pen. - ad esempio, il Presidente di una società di gestione di una tratta autostradale, mentre la punibilità era stata esclusa nel sistema previgente perché il predetto, pur essendo un incaricato di pubblico servizio, non poteva essere altresì considerato un pubblico impiegato...*” – in *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione e ai delitti di falso in bilancio*, Milano, 2017.

¹³¹ **n.d.r.** Al riguardo, nella prima parte della presente trattazione, si è avuto modo di sottolineare le aspre critiche mosse dal Viganò F. all'irragionevole mancata punibilità del privato corruttore in caso di corruzione impropria susseguente, e sua sicura punibilità invece

corruzione di cui all'art. 318 ha comportato la concentrazione della nuova fattispecie incriminatrice in un unico comma, nell'ambito del quale peraltro viene meno la rilevanza dei previgenti criteri distintivi basati su conformità-contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio ed altresì, sul piano del trattamento sanzionatorio, quello temporale che distingueva tra corruzione antecedente e susseguente.

Pertanto l'attuale riferimento dell'art. 321 alle "*pene stabilite nel primo comma dell'art. 318*" deve ritenersi valido per le uniche pene stabilite nell'attuale unico comma 1 dell'art. 318 cod.pen., e di conseguenza esso andrà interpretato come generale previsione di punibilità per il privato-corruttore a titolo di corruzione per l'esercizio della funzione, ovverosia non comportante il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio (diversamente, punibilità a titolo di corruzione propria, anche in presenza di un asservimento generico, in forza del già esposto criterio di specialità). In buona sostanza, che si tratti di corruzione *antecedente* ovvero *sussequente*, il privato che dà o promette denaro od altra utilità, ad oggi non solo è punibile, dove in precedenza il privato per corruzione impropria sussequente non era neppure punibile, ma risulta altresì destinatario del medesimo trattamento sanzionatorio: la reclusione da 1 a 6 anni.

A seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2012, avvenuta il quindicesimo giorno successivo al 13 Novembre del 2012, data della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, potrebbero porsi problemi di diritto intertemporale rispetto alla posizione del privato-corruttore, autore di una condotta di dazione o promessa di denaro od altra utilità, intervenuta successivamente al compimento di una serie di atti, pur conformi ai doveri d'ufficio da parte del pubblico ufficiale, e più in particolare intervenuta in una data successiva al 28 Novembre del 2012. Tuttavia a tal fine, occorre fare riferimento proprio al momento della intervenuta dazione o promessa da parte del privato-corruttore, posto che solo a partire da tale ultima data (28 Novembre, 2012) egli, a seguito di siffatta condotta, successiva al compimento di atti da parte del pubblico agente, non solo è divenuto punibile, ma lo è altresì divenuto in

nel caso di corruzione impropria antecedente, ovvero di corruzione propria, antecedente o sussequente che fosse. L'autore lamentava in particolare l'esistenza di un'irragionevole disparità di trattamento – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015

termini eguali, sotto il profilo sanzionatorio, a chi avesse già dato od offerto denaro allo stesso pubblico ufficiale, prima che quest'ultimo compisse una serie, pur indefinita, di atti conformi.

3.3. Momento consumativo, ancora sulla prescrizione: la riforma Orlando.

Per quel che riguarda la consumazione dei delitti di corruzione, e l'identificazione del momento perfetto in cui la fattispecie incriminatrice può dirsi integrata, e dunque il reato consumato, già prima della riforma del 2012, si registravano due prevalenti orientamenti. Secondo un primo orientamento, sarebbe sufficiente ad integrare il reato la sola ricezione di denaro od altra utilità ovvero l'accettazione della loro promessa. In particolare in questo secondo caso, sarebbe penalmente irrilevante, configurandosi al più come mero *post factum* successivo al perfezionamento del delitto, che la promessa, già accettata, trovi o meno successivamente concreta attuazione attraverso la dazione che ne è stata oggetto¹³².

Secondo l'opposta proposta interpretativa invece, seguita da larga parte della giurisprudenza prevalente¹³³, i delitti di corruzione si caratterizzerebbero, quanto al momento consumativo, per la presenza del c.d. duplice schema. In base ad un primo schema, detto ordinario o principale, il reato si considera commesso al realizzarsi di due attività tra loro strettamente funzionali, ovvero sia l'accettazione della promessa cui consegue il ricevimento dell'utilità che ne era stata oggetto, ed è con tale ricezione che finisce quindi per coincidere il momento consumativo. La corruzione è

¹³² Così in Fiandaca G. e Musco E. *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1 : Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010; e Romano M. per il quale “*il mantenimento della promessa (...) è certamente non necessario per la consumazione e rappresenta niente più che un post factum non punibile*” – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013; ed altresì Pannain R. – in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966; e segue l'orientamento pure il Manzini V. – in *Diritto Penale Italiano, Vol. V: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Milano 2008. Mentre per la giurisprudenza si veda Cass. sez. VI pen. 4.02.2004, n. 4177: “*il reato si consuma nel momento in cui il soggetto pubblico accetta la promessa o riceve la retribuzione indebita*”. E' dunque sufficiente che vi sia stata semplice accettazione della promessa, restando indifferente che ad essa abbia o meno fatto poi seguito una conforme condotta di tipo dativo-ricettivo.

¹³³ Vedi ad esempio **Cass. SS.UU. sent. 21.4.2010, n. 15208.**

stata così considerata, in sede interpretativa, assimilabile al reato progressivo. In base allo schema sussidiario, il reato si consuma invece con la semplice accettazione della promessa, qualora questa non venga di seguito mantenuta. In tal caso dunque la realizzazione della condotta tipica e consumazione del reato vengono significativamente a coincidere nel momento della accettazione, non seguito da una successiva condotta di dazione-ricezione. In adesione alla teoria del duplice schema si è pertanto sostenuto che il delitto di corruzione può alternativamente perfezionarsi con la semplice accettazione di una promessa (schema sussidiario) poi non mantenuta, ovvero con la successiva ricezione dell'utilità già promessa. In quest'ultimo caso in particolare, qualora la ricezione faccia seguito alla accettazione, si assisterebbe ad un approfondimento dell'offesa tipica (schema principale)¹³⁴, e solo al realizzarsi della successiva dazione-ricezione il reato può dunque dirsi consumato.

Di conseguenza si è detto che, nel caso in cui la dazione-ricezione avvenga in più momenti tra loro temporalmente consecutivi, il momento consumativo unico andrà a coincidere con quello in cui si verifica il versamento dell'ultima rata: in tale ipotesi, infatti, le singole dazioni, lungi dal poter essere considerate un fatto esterno alla struttura tipica della fattispecie corruttiva, attualizzano, di volta in volta, l'offesa all'interesse tutelato, spostando il momento consumativo, nel tempo e nel luogo in cui il denaro o l'utilità è ricevuto per l'ultima volta, fino a farlo coincidere, nel caso di pagamento così rateizzato, con l'epoca dell'ultimo versamento.

A tal proposito si noti come sembrerebbe avere aderito, anche a seguito della riforma del 2012, all'orientamento del duplice schema, la Corte di Cassazione¹³⁵ che, in sede d'interpretazione della nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, ha statuito: *“La fattispecie ha natura di reato eventualmente permanente se le*

¹³⁴ Di questo avviso è Pagliaro A., secondo il quale *“la consumazione si verifica nel momento in cui l'offesa tipica raggiunge, nella particolare situazione concreta, la sua massima intensità”* – in *Principi di diritto penale, Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000 ; ed altresì Riccio S. che, addirittura, vede nello schema principale un *“assorbimento della fattispecie della promessa in quella della consegna”* – in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955; così anche Pagliaro A. e Parodi Giusino M. che parlano appunto nuovamente di *“approfondimento dell'offesa tipica”* – in *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.

¹³⁵ Cass. sez. VI pen. sent. 22.01.2016 n. 3043

dazioni indebite sono plurime e trovano una loro comune ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'asservimento della funzione pubblica". In particolare, nel qualificare tale fattispecie incriminatrice come *reato eventualmente permanente* la Suprema Corte accoglie la tesi del duplice schema, dove la consumazione iniziale, identificandosi dapprima nella accettazione della promessa, si sposterebbe, qualora seguita da una dazione, fino al tempo della ricezione.

Assai critica verso l'orientamento che propone la tesi del duplice schema, si pone una parte della dottrina per la quale *"i reati permanenti, come i reati progressivi, non sono edificabili dall'interprete, secondo esigenze empiriche, ma bensì da riconoscere in base ad univoche indicazioni normative, quali nella specie non sembra dato rintracciare (...)"*¹³⁶. La stessa corrente dottrinarina arriva addirittura ben presto ad affermare: *"la realtà è che la tesi in questione è dominata dallo sforzo di postergare il momento consumativo allo scopo di differire per quanto possibile, l'estinzione del reato per prescrizione"* aggiungendo tuttavia al riguardo *"(...) scopo certamente comprensibile a fronte della dannosità sociale di tali illeciti, ma da perseguire con un'apposita previsione legislativa dei termini di prescrizione, (...) il loro allungamento, oppure la statuizione di uno specifico dies a quo di decorrenza (...) non con forzature interpretative delle norme incriminatrici e dei principi generali"*.

Sarebbe pertanto stato auspicabile che, il legislatore del 2012, fosse intervenuto in materia di prescrizione per questi reati, risultando per tale profilo ancora attuali le critiche mosse dal Viganò¹³⁷ alla vecchia disciplina e riportate nel Capitolo I della presente trattazione. E ciò, nonostante il significativo innalzamento dei limiti edittali di pena, operati dal legislatore del 2012, specie per quanto riguarda la nuova corruzione per l'esercizio della funzione, ma altresì per la corruzione propria. Sui vantaggi in punto di dilazionamento del termine di decorrenza della prescrizione,

¹³⁶ Così si esprime Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013; ed altresì dello stesso avviso Rampioni R. - in *Momento consumativo del delitto di corruzione ed escamotages giurisprudenziali in tema di decorso del termine di prescrizione*, Cass. pen. 1996, n. 2556; ma vedi anche Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione, vol. I, I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. Marinucci, E. Dolcini, (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2015.

¹³⁷ Così Viganò F. nella *Relazione al Congresso italo-spagnolo*, svoltosi presso l'università degli Studi di Milano, il 29 e 30.06.2014 – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

dovuti alla tesi giurisprudenziale della teoria della consumazione a duplice schema, si esprime anche Cingari, per il quale, “*i termini della prescrizione nel c.d. schema sussidiario inizierebbero a decorrere dal momento del perfezionamento dell'accordo corruttivo mentre nel c.d. schema principale dalla ricezione dell'utilità da parte del corrotto*”; e tuttavia, anche per tale autore la tesi della duplicità di schema “*non persuade. Anzitutto, e con riferimento all'individuazione del momento consumativo dei reati, essa forza la struttura delle fattispecie incriminatrici. Ed infatti, nei reati di corruzione le condotte di accettazione della promessa oppure di ricezione dell'utilità costituiscono due modalità alternative di perfezionamento del pactum sceleris, sul quale si concentra il disvalore del reato. Conseguentemente, nell'ipotesi in cui successivamente alla conclusione dell'accordo corruttivo il corruttore adempia alla promessa e il corrotto riceva l'utilità, le condotte di corresponsione/ricezione dell'utilità, pur approfondendo l'offesa agli interessi tutelati, costituiscono meri fatti esecutivi del patto, estranei al fatto tipico, alla stessa stregua del compimento dell'atto d'ufficio da parte del corrotto. Pertanto, nei reati di corruzione il momento consumativo e il dies a quo di decorrenza della prescrizione va individuato (sempre) nel momento del perfezionamento del pactum sceleris*”¹³⁸.

Nella prima parte della presente trattazione, abbiamo analizzato come l'attuale regime della prescrizione, così come ridisegnato dalla l. 205/2005, avesse esposto il fianco, anche in materia di repressione della corruzione pubblica e ben prima della riforma del 2012, alle aspre critiche di certa dottrina, posta la sua inevitabile incidenza negativa sullo svolgimento dei processi, sulla certezza della pena; e ciò sempre purché si sia riusciti a giungere ad un accertamento definitivo sulla responsabilità penale dell'imputato¹³⁹. In particolare, per i reati di corruzione, la

¹³⁸ Così Cingari F – in *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.1, 2017.

¹³⁹ Viganò F. parla al riguardo di “*autentica falcidia dei processi per corruzione*” e ancora: “*L'Italia è probabilmente l'unico paese al mondo in cui la prescrizione decorre implacabile dal momento della commissione del reato, sino alla sentenza definitiva (...) che quando va bene, in questi casi, arriva alla fine del terzo grado(...) è assolutamente frequente nella prassi lo spettacolo di imputati, già ritenuti responsabili in primo, e magari anche in secondo grado, prosciolti infine per intervenuta prescrizione: con tante scuse per il disagio sofferto, e con annessa restituzione delle somme corrispondenti al prezzo o al profitto del reato, già sequestrate nel corso del procedimento (...)*” – in *I delitti di corruzione*

prescrizione poteva maturare, trascorsi al massimo sette anni e mezzo dal momento consumativo del reato, decorsi i quali esso era da considerarsi estinto¹⁴⁰.

Si vede quindi bene come, la fatica della dottrina sovraesposta nel dilazionare il momento consumativo, aderendo alle critiche del Romano, trovasse con ottime probabilità la sua ragion d'essere proprio nel lodevole intento di rimandare l'automatico, ed inarrestabile persino di fronte allo svolgersi del processo, decorrere della prescrizione. Al riguardo, è altresì di tutta evidenza come il legislatore del 2012, piuttosto che intervenire sull'intero sistema di calcolo della prescrizione, ovvero sul solo comma 6 dell'art. 157, contenente il catalogo tassativo dei reati a prescrizione raddoppiata, abbia di contro preferito inasprire il limite massimo di pena edittale previsto nell'ambito delle singole fattispecie tipiche di corruzione, lasciando così invariato il sistema-base di calcolo, e determinando per tale via, indiretta, un allungamento specifico del termine prescrizionale per i delitti di corruzione.

Scelta analoga verrà compiuta dal legislatore del 2015, che a soli tre anni dalla prima riforma anticorruzione, interverrà nuovamente sui delitti in discorso incrementando le cornici edittali previste nell'ambito delle fattispecie tipiche, e di conseguenza aumentando ulteriormente anche il limite massimo di pena, costituente ancora il riferimento-base per il calcolo dei termini di prescrizione di questi reati, come previsto dall'art. 157 cod.pen.¹⁴¹. Questa l'intentio legislatoris in entrambe le

nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

¹⁴⁰La disciplina della prescrizione è contenuta negli artt. 157 e ss. cod. pen. In particolare, l'**art. 157 cod. pen.**, come radicalmente modificato dalla legge 05.12.2005 n. 251, abbandonando il previgente sistema di calcolo a scaglioni, prevede attualmente che per il calcolo dei termini di prescrizione si faccia in primo luogo riferimento, di volta in volta, al massimo edittale di pena stabilito per il reato. (n.d.r. mantenendo tuttavia la prescrizione fissa in 4 anni per i reati contravvenzionali e in 6 anni per i delitti, quando la pena massima stabilita dalla legge non sia superiore a 6 o 4 anni, oppure sia di natura pecuniaria). Detta norma prevede altresì un aumento del termine prescrizionale - nel caso in cui si realizzi un atto interruttivo di cui al successivo art. 160 - pari ad $\frac{1}{4}$ della pena, sia in caso di delitti che di reati contravvenzionali. Al comma 6, si rinvia un catalogo tassativo di reati, considerati di particolare gravità e allarme sociale (come l'associazione a delinquere di stampo mafioso, il sequestro di persona a scopo estorsivo, i delitti con finalità di terrorismo, oltre a quelli indicati ai commi 3bis e 3 quater dell'art. 51cpp), per i quali il tempo necessario a maturare la prescrizione è eccezionalmente doppio rispetto a quello calcolato in via ordinaria per gli altri reati.

¹⁴¹**n.d.r.** Più in particolare, tra le altre modifiche: nella corruzione per l'esercizio della funzione, la pena massima passa da 5 a 6 anni; nella corruzione impropria, da 8 a 10; infine

riforme, come, commentando l'ultimo intervento di cui alla l. n.69/2015, ha sottolineato la dottrina: “(...) *la legge di riforma interviene sull'apparato sanzionatorio di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, da un lato per potenziarne l'efficacia general-preventiva, dall'altro per arrestare la crisi di effettività dei reati e delle pene detentive minacciate dai delitti anticorruzione (...)* Nella seconda prospettiva, e cioè del potenziamento della effettività dei reati e delle pene detentive, minacciate dai delitti anticorruzione, si collocano gli aumenti dei limiti massimi delle pene principali, funzionali ad elevare i termini di prescrizione (...)”¹⁴². Si noti conclusivamente che, solo successivamente alla riforma del 2015, il legislatore interverrà direttamente a rimpinguare il catalogo dei reati a prescrizione c.d. raddoppiata, di cui al comma 6 dell'art. 157, ma in tale operazione di riempimento diretto, significativamente, non rientreranno i delitti di corruzione¹⁴³.

L'ultimo intervento legislativo, nel quale certamente la dottrina in commento ebbe modo di riporre le sue speranze in materia di prescrizione sin dagli albori della sua creazione, è sicuramente stato quello originariamente contenuto nella proposta di legge C.4368, nota anche come ddl Orlando, dal nome del Ministro proponente, approvata in Senato lo scorso 15 marzo 2017 ed in via definitiva, con voto di fiducia, alla Camera, il successivo 14 giugno. La legge del 23 maggio 2017 n. 103 contiene consistenti modifiche al processo penale, al diritto sostanziale, nonché all'ordinamento penitenziario¹⁴⁴. Da un punto di vista strettamente formale, il provvedimento si compone, analogamente a quanto già visto per la l. 190 del 2012, di un unico articolo suddiviso in 95 commi. Ai sensi dell'ultimo comma in particolare, l'entrata in vigore della riforma venne fissata al trentesimo giorno

nel reato di induzione indebita di cui all'art. 319quater, la pena massima viene elevata da 8 a 10 anni e sei mesi.

¹⁴² Così Cingari F. – in *La nuova riforma in tema di delitti contro la P.A., associazioni di tipo mafioso e falso in bilancio*, Diritto penale e processo n. 7/2015

¹⁴³ **n.d.r.** L'attuale disposto dell'art. 157 comma 6 cod.pen. comprende ad oggi ulteriori delitti rispetto al catalogo originario, tra cui quelli di violenza sessuale, violenza sessuale su minore e di gruppo, omicidio stradale; il catalogo attuale è il frutto di alcuni interventi dovuti da ultimo alle leggi 23 marzo 2016, n. 41 e 11 luglio 2016, n. 133.

¹⁴⁴ Il provvedimento interviene direttamente su una parte consistente delle norme sostanziali e processuali che attengono alla materia penale, ma contiene altresì una consistente delega al Governo avente ad oggetto la riforma di numerosi altri aspetti, tra cui il regime di procedibilità di alcuni reati, le misure di sicurezza personali, ed altri più strettamente attinenti alla fase procedimentale delle indagini preliminari.

successivo a quello della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, avvenuta lo scorso 04 luglio. Tra le modifiche apportate alla disciplina sostanziale in particolare, e per quel che interessa ai nostri fini, si registrano significative novità in materia di prescrizione. La riforma della prescrizione del reato è contenuta più precisamente nei commi da 10 a 15 dell'unico articolo. Con essa vengono riscritti, e soltanto in via parziale, gli articoli dal 158 al 161 del codice penale, lasciando intatto il sistema di calcolo ordinario del termine prescrizionale di cui al precedente art. 157, così come introdotto dalla Cirielli¹⁴⁵.

A tal proposito occorre tuttavia sottolineare come il Senato, in sede di ultima approvazione, ebbe modo di emendare il testo precedentemente licenziato dalla Camera, proprio nel punto in cui si prevedeva un aumento della metà dei termini prescrizionali per i reati di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.) e corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.). Ciononostante, alcuni meccanismi nuovi che attengono più specificatamente all'operatività generale ed al decorso dei termini prescrizionali, poiché idonei a provocarne comunque un allungamento, sono in ipotesi idonei ad incidere anche sull'effettività della pena nei delitti di corruzione.

Tra gli altri, le nuove ipotesi di sospensione del decorso della prescrizione a seguito di condanna non definitiva, prevista ai commi 2 e 3 dell'art. 159. A tal proposito, la dottrina più recente ha opportunamente sottolineato come, in punto di sospensione, *“il legislatore abbia nella sostanza recepito il principale correttivo alla legge ex-Cirielli proposto dalla Commissione presieduta dal prof. Fiorella, istituita dal Ministro della Giustizia Paola Severino durante il Governo Monti. Allineandosi ad una critica condivisa da tutte le commissioni di riforma intervenute sulla prescrizione, la Commissione Fiorella riconosceva, nella sua relazione conclusiva*¹⁴⁶

¹⁴⁵ Il riferimento è alla l. 251/2005, cd. ex Cirielli.

¹⁴⁶ Relazione conclusiva *Commissione Fiorella, per lo studio di una possibile riforma della prescrizione*, 23 aprile 2013. Nella Relazione in commento peraltro, ed in via opposta rispetto a quanto già lamentato dal Viganò sull'inarrestabile decorrere della prescrizione anche in corso di processo, si legge che *“le ragioni della prescrizione ‘sostanziale’ non vengono del tutto meno una volta che sia avviato il processo (...) continua ad avere un senso ben preciso l'idea che, man mano che ci si allontana dalla commissione del reato, sempre meno si giustifica la pena da un punto di vista general-e, soprattutto, special-preventivo”*. Di più, in considerazione dell'innumerabile quantità di procedimenti esistenti, ed idonei a

le gravi disfunzioni della legge ex-Cirielli, specie laddove, per effetto dell'aumento di un solo quarto del termine prescrizionale-base, in presenza di cause interruttrive, concede alla giurisdizione un tempo estremamente limitato per giungere alla sentenza definitiva”¹⁴⁷. In particolare, la Commissione Fiorella individuava, quale “architrave della riforma”, la previsione di due successive cause di sospensione della prescrizione, rispettivamente successive al deposito della sentenza di condanna di primo e di secondo grado. La sospensione proposta avrebbe risposto all'idea di fondo per cui “ad ogni riscontro processuale della fondatezza dell'ipotesi accusatoria corrisponde la necessità di bloccare almeno temporaneamente il decorso della prescrizione, così da assegnare alla giurisdizione un tempo ragionevole per compiere la verifica della correttezza della decisione nei gradi di impugnazione”¹⁴⁸. Accogliendo tali istanze, il legislatore del 2017, ha previsto nei due nuovi commi 2 e 3 dell'art. 159 la sospensione dei termini prescrizionali, o meglio un loro ‘congelamento’. Ed infatti, le nuove norme dispongono che, a partire dal termine previsto dall'art. 544 del codice di procedura penale per il deposito delle motivazioni della sentenza di condanna, di primo o secondo grado, anche se emesse in sede di rinvio, il decorso della prescrizione è sospeso, rispettivamente, fino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il successivo grado di giudizio (cioè il II° grado), ovvero fino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva. In entrambi i casi, la sospensione del decorso dei termini prescrizionali non può superare la durata di 1 anno e 6 mesi.

Eppure, nonostante il legislatore penale si sia infine deciso a rinvenire nelle sentenze di condanna non definitive, una possibile causa di sospensione della prescrizione, la dottrina ha avuto modo di sottolineare come, posto il limite massimo del ‘congelamento’ così disciplinato, ed imposto dal legislatore nella misura di 1 anno e 6 mesi, “si potrebbe intravedere il rischio che un tempo di 18 mesi non sia

sovraccaricare la macchina della giustizia penale italiana, la Commissione riconobbe significativamente proprio nell'istituto della prescrizione “un fatto funzionale anche alla tutela della ragionevole durata del processo penale (...), in ragione della sua funzione acceleratoria, specie laddove idonea ad ordinare le cadenze del lavoro giudiziario in modo tale da evitare l'esito prescrizionale”. Il contenuto della *Relazione* è reperibile dal sito www.giustizia.it.

¹⁴⁷ Così Zirulia S. – in *Riforma Orlando: la ‘nuova’ prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, Diritto Penale Contemporaneo 20.06.2017

¹⁴⁸ *Relazione conclusiva, Commissione Fiorella, 23.04.2013* – [vd. nota 73].

sufficiente a contrastare il fenomeno notoriamente crescente delle prescrizioni sopraggiunte in appello”¹⁴⁹. E tuttavia, attraverso una lettura combinata dei presenti commi e del nuovo comma 4 dello stesso articolo, è possibile sopperire all’inconveniente in discorso. Ed infatti, se durante il decorso della nuova sospensione, nei commi 2 e 3, si verificasse altresì una delle cause di sospensione di cui all’invariato comma 1 dell’art. 159, il comma 4 dispone che i termini del ‘congelamento’ “*sono prolungati per il periodo corrispondente*”¹⁵⁰. Ed è quindi attraverso quest’ultima *sospensione della sospensione* che, come rilevato dalla dottrina, sarebbe possibile superare il termine massimo di 18 mesi fissato dal legislatore.

La prescrizione, al termine della sospensione, ricomincia quindi normalmente a decorrere, fermi restando i termini massimi di cui all’art. 161 comma 2 del cod. pen., sui quali tuttavia la riforma del 2017 è intervenuta, proprio rispetto ad alcune categorie di reati contro la Pubblica Amministrazione. In particolare per alcuni di questi reati - tra cui quelli per i quali, come è stato già evidenziato, il testo precedentemente approvato dalla Camera prevedeva termini di prescrizione allungati - sono stati finalmente ricompresi tra quelli per cui l’interruzione della prescrizione può comportare un aumento della metà del tempo-base necessario alla maturazione della prescrizione, così come disciplinata dall’art. 157 cod. pen. Si tratta in particolare dei delitti di: corruzione per l’esercizio della funzione, corruzione propria e corruzione in atti giudiziari, induzione indebita di cui al nuovo art. 319quater, corruzione di incaricato di pubblico servizio, responsabilità del privato-corruttore, nonché degli stessi delitti appena elencati laddove coinvolgano i soggetti di cui all’art. 322-bis cod. pen.

Conclusivamente, è possibile ritenere che siano state indubbiamente accolte dal legislatore del 2017, ancorché solo parzialmente positivizzate, le reiterate istanze di maggiore effettività, provocate dalla previgente disciplina della prescrizione in *subiecta materia*, ed altresì reiteratamente promosse dalla dottrina prevalente.

¹⁴⁹ Ancora Zirulia S. – in *Riforma Orlando: la ‘nuova’ prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, Diritto Penale Contemporaneo 20.06.2017

¹⁵⁰ Così dispone il nuovo art. 159 comma 4 del codice penale, come inserito dalla riforma del Orlando del 2017

3.4. La fattispecie autonoma di istigazione alla corruzione e gli spazi di autonomia del tentativo punibile

L'analisi del tentativo, nell'ambito dei delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen., non può prescindere dalla considerazione della natura dell'autonoma fattispecie prevista nell'ambito dell'art. 322 del nostro codice penale di istigazione alla corruzione. Infatti, definire la natura di tale fattispecie, permette consequenzialmente di stabilire se sia o meno comunque ammissibile il tentativo nell'ambito dei delitti in esame, oltre alle c.d. istigazioni, e aderendo ai criteri distintivi tipici del delitto tentato, contenuti nell' art. 56 del codice penale.

L'art. 322 cod. pen. è ancora oggi rubricato *istigazione alla corruzione*, e sin dalla sua versione originaria, nel codice Rocco del 1930, prevedeva inizialmente soltanto due figure di reato, contenuta rispettivamente nei suoi commi 1° e 2°, per il caso in cui l'offerta o la promessa del privato non venisse accettata dal soggetto pubblico: in tal caso si sarebbe avuta istigazione alla corruzione passiva, impropria – ma con solo richiamo al comma 1° dell'art. 318 in punto di pena – e propria. A seguito della riforma del 1990, cioè con legge n. 86, alla disposizione in commento sono stati aggiunti due ulteriori commi. I commi 3° e 4° in particolare dichiaravano punibile la condotta del soggetto pubblico che abbia sollecitato una dazione o promessa da parte del privato, rispettivamente, per le finalità di cui all'art. 318 ovvero di cui all'art. 319: in tal caso si sarebbe avuta istigazione alla corruzione attiva, specularmente ai due commi precedenti, impropria e propria¹⁵¹.

¹⁵¹ Così disponeva l'**art. 322** cod. pen., nella sua versione successiva alla riforma del 1990: **“Istigazione alla corruzione. 1.** Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel 1° comma dell'art. 318, ridotta di un terzo.

2. Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio ad omettere o ritardare un atto del suo ufficio ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'art. 319, ridotta di un terzo.

Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio per l'istigazione alla corruzione impropria, sia passiva che attiva, era necessario fare riferimento alla pena stabilita nel 1° comma dell'art. 318 e ridurla di un terzo. Analogamente, per l'istigazione alla corruzione propria, sia passiva che attiva, la norma rinviava e rinvia alla pena stabilita nell'art. 319, ridotta di un terzo.

Nell'istigazione alla corruzione, il legislatore eleva così ad autonoma fattispecie di reato il tentativo unilaterale di corruzione, proveniente sia dal privato che dal soggetto pubblico, e la cui consumazione si realizzerebbe quindi con la semplice offerta o promessa dell'utilità da parte del privato ovvero con la semplice sollecitazione delle stesse da parte del soggetto pubblico. Larga parte della prevalente dottrina¹⁵² ravvisava in tale particolare incriminazione una deroga all'art. 115 del codice penale, norma che, salvo che la legge disponga altrimenti, di contro statuisce la non punibilità per una delle parti per il solo fatto dell'accordo, né per il solo fatto dell'istigazione accolta e non accompagnata tuttavia dalla commissione del reato. In deroga alla portata essenzialmente garantista della norma appena analizzata, l'art. 322 del cod. pen. incrimina espressamente condotte di tentativo unilaterale, non accolte dalla controparte e disciplinate sotto l'espressa rubrica di "istigazione".

Di più per la giurisprudenza, l'eventuale tenuità della somma offerta al pubblico ufficiale, non solo non escludeva la configurabilità del reato di istigazione alla

3. La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato, per le finalità indicate dall'art. 318.

4. La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'art. 319." In conclusione, il legislatore del 1990 lasciando invariati gli originari primi due commi, che puniscono come autonoma fattispecie di reato il tentativo di corruzione attiva, introduce nei commi 3° e 4° altresì la punibilità del tentativo unilaterale di corruzione quando l'iniziativa parta dal soggetto pubblico, e sia di contro quindi il privato a non accogliere la di lui sollecitazione.

¹⁵² Così tra gli altri Manzini V. che parla altresì di *tentativo eccettuato*, perché sottratto alle regole dell'art. 56 – in *Diritto Penale Italiano, Vol. V: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Milano 2008; ed altresì Antolisei F. che infatti afferma: "in sostanza ci troviamo di fronte ad ipotesi che il codice ha contemplato, considerandole come figure autonome di reato, perché altrimenti il fatto, in quanto istigazione non accolta, sarebbe rimasto impunito per il principio stabilito dall'art. 115 (...)" – in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano, 2008; e anche Mirri M.B. – in *La corruzione dopo la riforma da Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi F., Torino, 1993.

corruzione ma addirittura, poteva renderlo maggiormente lesivo del prestigio del soggetto pubblico, ritenuto persona suscettibile di venir meno ai propri doveri, accettando un'offerta anche minima¹⁵³. Secondo tale giurisprudenza, non occorrerebbe nemmeno che l'offerta o la promessa siano quantificate, ovvero predeterminate in via diretta ed immediata dall'offerente, potendo in ipotesi la loro concreta quantificazione essere lasciata alla discrezionalità del destinatario: in tal senso è stato ritenuto integrato il reato di istigazione alla corruzione nella condotta del privato che aveva semplicemente richiesto al pubblico ufficiale quanto egli volesse per non denunciare un illecito¹⁵⁴.

E tuttavia era stato altresì sottolineato come entrambe le condotte, ovverosia la offerta o promessa del privato e la sollecitazione del soggetto pubblico, quand'anche non accettate, pure ai fini della configurabilità delle rispettive fattispecie, dovessero possedere un qualche carattere di serietà ed idoneità, tali da indurre il destinatario alla controprestazione. L'idoneità in particolare, era da valutarsi attraverso giudizio prognostico *ex ante*, ed avendo altresì riguardo ad altri fattori quali, le qualità personali del destinatario e la sua posizione economica, così da dedurre la *rilevante probabilità che nel pubblico ufficiale sorga il pericolo di accettazione dell'offerta*¹⁵⁵. La serietà dell'offerta infine veniva considerata in necessaria correlazione al tipo di controprestazione richiesta al soggetto pubblico, ma altresì alle condizioni dell'offerente, nonché alle circostanze di tempo e luogo in cui l'episodio si fosse verificato¹⁵⁶. E tuttavia, in questo caso autorevole dottrina ha da tempo sottolineato come nell'istigazione, l'idoneità ad influenzare il soggetto destinatario delle utilità, potrebbe essere esclusa dalla modicità di queste, dalla pubblicità dell'offerta,

¹⁵³ Corte di Cass. sez. VI pen. 21-11-1990 n. 2089. Ma vedi in dottrina, in senso contrario, Fiandaca G. e Musco E. per i quali “*l'idea della retributività, nel senso della proporzionalità tra le due corrispettive prestazioni del privato e del pubblico ufficiale, caratterizza in generale tutte le forme di corruzione (...) e sarebbe perciò incongruo prescindere nel caso dell'istigazione che rappresenta una forma anticipata di corruzione*” – in *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1 : Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010.

¹⁵⁴ Così in Corte di Cass. sez. VI pen. 23-01-2004 n. 23018 (Caiola).

¹⁵⁵ Corte di Cass. sez. VI pen. 13-04-1990 n. 5439 e altresì in Cass. sez. VI pen. 01-07-2003 n. 28311 (Esposito).

¹⁵⁶ Corte di Cass. sez. VI pen. 25-01-2012 n. 3176

dall'impossibilità dell'adempimento o dalla palese mancanza di serietà della proposta, sempre che suddette caratteristiche siano riconoscibili dal destinatario¹⁵⁷.

Rispetto alle modifiche intervenute sull'assetto della norma ad opera della legge 26 aprile 1990, n. 86 – che come si è visto ha introdotto, accanto alle due originarie condotte di tentata corruzione passiva, anche due condotte riguardanti l'istigazione attiva, cioè commessa dal soggetto pubblico, nei commi 3° e 4° - la riforma anticorruzione di cui alla legge n. 190 del 2012 si caratterizza per alcuni significativi ritocchi. In primo luogo nell'ambito dei commi 1 e 3 dell'art. 322 disciplinanti l'istigazione alla nuova corruzione impropria, viene soppressa l'indicazione secondo cui l'incaricato di pubblico servizio doveva rivestire anche la qualità di pubblico impiegato, con conseguente allargamento della sfera di prescrizione punitiva sotto il profilo dei possibili soggetti attivi di reato. L'irrilevanza attuale della qualità di pubblico dipendente in capo all'incaricato di pubblico servizio riguarda ovviamente tanto l'istigazione passiva quanto l'istigazione attiva: la correzione in discorso si pone in linea di continuità rispetto alla riscrittura della corruzione impropria di cui all'art. 318, oggi corruzione per l'esercizio della funzione.

In secondo luogo, la riforma del 2012, e sempre nel solco di suddetta riscrittura della corruzione impropria, interviene direttamente a modificare la condotta materiale del delitto di istigazione: viene meno la necessaria sinallagmaticità e retributività della condotta del privato rispetto alla controprestazione del soggetto di veste pubblicistica, costituita dal compimento dell'atto d'ufficio, posto che la natura illecita della condotta di ricezione ovvero accettazione nel delitto-base di cui al nuovo art. 318, rinviene la sua natura illecita nel mero collegamento funzionale con il compimento di un atto dell'ufficio, ovvero con l'esercizio dei poteri. Analoghe deduzioni, valgono per la valutazione della condotta materiale di istigazione, pur da effettuarsi sempre con giudizio prognostico *ex ante*. Infine, l'esplicito rinvio agli artt. 318 e 319, per la determinazione delle pene edittali, ha fatto sì che anche per le fattispecie di istigazione alla corruzione, i trattamenti sanzionatori lievitassero conseguenzialmente; e ciò in corrispondenza degli aumenti apportati alle due

¹⁵⁷ Così Pagliaro A. – in *Principi di diritto penale, Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.

fattispecie richiamate non solo dalla riforma del 2012, ma anche dal successivo intervento legislativo di cui alla legge n. 69 del 2015 che ha ulteriormente inasprito il trattamento sanzionatorio previsto per i delitti di corruzione.

Tanto premesso, si tratta perciò di verificare se, oltre alle fattispecie autonome di istigazione, configurabili come “*ipotesi speciali di tentativi unilaterali, trattandosi di accordi ricercati da una parte ma non perfezionati per la mancata adesione dell'altra*”¹⁵⁸, siano altresì ammissibili anche altre forme di tentativo. In particolare la questione, prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012, si poneva anzitutto in quanto l'art. 322, posto il richiamo al solo 1° comma dell'art. 318 e poste le formule utilizzate dal legislatore per la descrizione delle condotte tipiche, sembrava limitarsi a prevedere come autonome fattispecie incriminatrici le sole istigazioni alle corruzioni antecedenti. La norma non statuiva nulla riguardo alle ipotesi in cui, ad esempio, il privato avesse offerto al pubblico ufficiale un compenso, da quest'ultimo non accettato, per un atto contrario ai doveri d'ufficio e già compiuto in passato dal soggetto pubblico¹⁵⁹. Ancora, *quid iuris* qualora fosse stato il pubblico ufficiale a sollecitare, senza successo, una dazione o promessa da parte del privato, per avere già compiuto un atto, conforme o contrario ai propri doveri, ovvero per averne ommesso o ritardato il compimento trattandosi di atto dovuto? Nel silenzio della legge, mentre le tentate corruzioni antecedenti, soggiacevano esplicitamente alla speciale disciplina di cui all'art. 322 cod. pen. che provvedeva a disciplinarle quali autonome fattispecie di reato, i tentativi di corruzione susseguente, pur in presenza delle medesime caratteristiche, dovevano seguire gli ordinari criteri stabiliti dall'art. 56 cod. pen. per l'eventuale configurabilità del tentativo. Inoltre, “*per i commi 3° e 4° dell'articolo (...) l'applicazione dei principi ordinari dell'art. 56 per le tentate corruzioni passive susseguenti del soggetto pubblico, non sarebbe potuta avvenire del tutto de plano (...) perché un conto è la 'sollecitazione' indicata come condotta nella norma apposita; altro sono a rigore da parte dello stesso p.u. 'atti idonei e*

¹⁵⁸ Così Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali* da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013

¹⁵⁹ **n.d.r.** Nella corruzione impropria susseguente, lo si è visto, il privato non era punibile, sicché non v'era questione che insorgesse sotto il profilo del tentativo. Così anche Romano M. – in [vd. nota precedente].

diretti in modo non equivoco a ricevere denaro od altra utilità ovvero ad accettarne la promessa”¹⁶⁰.

La riforma del 2012 ha risolto, per quanto attiene al profilo appena esposto, la questione della configurabilità dell’istigazione alla corruzione susseguente. Infatti, a seguito della riscrittura dell’art. 318, oggi anche la descrizione della condotta tipica di istigazione alla corruzione passiva, cioè dell’offerta o promessa del privato al soggetto pubblico, fa esplicito riferimento alla finalizzazione “*per l’esercizio delle funzioni o dei poteri*”, con formula ampia ed idonea a ricomprendere funzioni e poteri tanto da esercitarsi quanto già stati esercitati.

La questione resta ancora aperta per quanto attiene alla generale configurabilità di una tentata corruzione, al di là delle fattispecie speciali descritte nella norma sull’istigazione, e cioè in comune aderenza ai criteri ordinari stabiliti dall’art. 56 cod. pen che disciplina il tentativo. A riguardo, onde riservare uno spazio di autonoma operatività al tentativo anche nei delitti di corruzione, parte della dottrina ha rilevato come nell’ambito dell’art. 322 siano in realtà contemplate fattispecie di tentativo unilaterale, proveniente invero da una soltanto delle potenziali parti del *pactum sceleris*, che comunque non viene portato a conclusione. In quest’ottica si è ritenuto ammissibile il tentativo in forma ordinaria, inteso quale tentativo bilaterale di corruzione, dove entrambe le parti partecipano attivamente alla conclusione di una trattativa che tuttavia, solo in seguito e per cause esterne alla volontà delle parti dell’accordo, non sia stata concretamente condotta a buon fine, non permettendo

¹⁶⁰ Così ancora Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013. In generale l’utilizzo del termine *sollecita* per descrivere la condotta di tentativo unilaterale del p.u., poneva ulteriori problemi quanto al suo significato: se intesa come insistente richiesta, si opinava, la condotta del soggetto pubblico avrebbe avuto, nell’economia generale della disposizione in commento, minor disvalore penale rispetto a quella del privato, che offre o promette denaro od altra utilità, salvo soggiacere al medesimo trattamento punitivo; d’altra parte accostare la sollecitazione all’induzione poneva alcuni problemi di distinzione rispetto alla condotta tipica di concussione di cui all’art. 317 che, prima della riforma del 2012, lo vedremo, comprendeva come alternative forme di condotta tipica, l’induzione ovvero la costrizione. In tal senso si veda adesso Bartolini F. che parla di istigazione per sollecitazione del soggetto pubblico come “*figura di reato residuale per mezzo della quale sanzionare le condotte del p.u. o dell’i.p.s. non integranti gli estremi del delitto di concussione; quando cioè alla condotta dell’agente mancano gli aspetti di costrizione o di induzione o di abuso delle qualità e dei poteri*” – *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione e ai delitti di falso in bilancio*, Milano, 2017.

l'esecuzione completa del fatto criminoso. Di questa opinione è il Romano che significativamente afferma: *“In presenza di una trattativa tra i due soggetti, si versa al di fuori dell’art. 322 che si riferisce all’iniziativa e all’azione di uno soltanto di essi, esauritasi in sé stessa per la mancata adesione dell’altro. Nella trattativa invece, entrambi svolgono un ruolo (...)”*¹⁶¹. Pertanto, nella trattativa non conclusa, c.d. *fallita*, sarebbe ben compresa a detta del Romano, l'esecuzione da parte di entrambi i soggetti attivi di *atti idonei e diretti in modo non equivoco* a raggiungere un accordo corruttivo, il quale tuttavia, e ciò per varie ragioni, esterne alle loro volontà, essi non sono riusciti poi concretamente a concludere: si avrà consequenzialmente l'applicazione delle regole generali di cui all'art. 56 del codice penale.

L'opposta posizione dottrina ritiene invece che il nuovo art. 322 sia sufficiente a fini repressivi a ricomprendere tutte le possibili ipotesi di tentativo, richiedendo soltanto che il denaro o l'utilità siano stati respinti, non accettati. La norma sulle istigazioni sarebbe pertanto idonea a ricomprendere anche le ipotesi di fallimento successivo di una trattativa pur conclusa con successo tra le parti. Questa dottrina trae ulteriore spunto dal fatto che, diversamente opinando per la configurabilità del tentativo bilaterale di corruzione, in applicazione dei criteri di cui all'art. 56 del codice penale, la relativa pena sarebbe inferiore a quella prevista dall'art. 322 per i tentativi unilaterali, e ciò in ipotesi di presumibile maggior allarme sociale posto che nella tentata corruzione bilaterale si parla dell'esistenza di una valida trattativa tra i soggetti agenti. E tuttavia rileva ancora Romano, difendendo il tentativo bilaterale, *“pare sbrigativo ritenere applicabile l’art. 322, asserendo che ad esso risulterebbe indifferente qualsiasi modalità con cui l’offerta o la promessa del privato, ovvero la sollecitazione del p.u., non sia stata definitivamente accettata: sembrando piuttosto*

¹⁶¹ Così Romano M. – in [vd. nota precedente]; e per la configurabilità del delitto tentato nei delitti di corruzione, inteso come tentativo bilaterale, e cioè implicante la sussistenza di atti idonei e inequivocabilmente diretti in capo ad entrambi i soggetti, si esprime anche Manzini V. – in *Diritto Penale Italiano, Vol. V: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Milano 2008.

che, punendo l'art. 322 il solo istigatore, l'altro debba non avere accettato tout court"¹⁶².

Altro punto discusso è se sia o meno configurabile il delitto tentato nell'ambito dell'istigazione stessa. Per una parte della dottrina, invero minoritaria, che si ricollega a quella della onnicomprensività dell'istigazione quale autonoma figura di reato, è stato affermato che *"il delitto in esame è un tentativo compiuto di corruzione, rispetto al quale dovrebbero quindi ammettersi le figure del tentativo incompiuto e della desistenza volontaria"*¹⁶³. E tuttavia è opportuno dar conto dell'esistenza di risalenti ed importanti pronunce con le quali i giudici della Suprema Corte hanno ribadito che l'istigazione alla corruzione condivide la natura di reato di pericolo, e non consentirebbe pertanto il tentativo, in quanto la promessa o l'offerta rivolte al pubblico ufficiale realizzano istantaneamente il reato, indipendentemente dall'atteggiamento e dal comportamento dell'istigato¹⁶⁴.

4. Una risposta al difficile inquadramento dei faccendieri: il traffico di influenze illecite, tra millantato credito ed istanze sovranazionali

Il legislatore del 2012 è poi intervenuto a colmare un'ulteriore lacuna di tutela, già in precedenza segnalata dalla prevalente dottrina, introducendo una nuova fattispecie incriminatrice nell'art. 346bis, *"relativa alle ipotesi di dazioni o promesse di denaro od altra utilità a soggetti sprovvisti di qualifiche pubblicistiche, che agiscano tuttavia (o comunque promettano di agire) quali 'mediatori' tra il privato e il pubblico ufficiale i cui favori si intendano comprare"*¹⁶⁵. E tuttavia, se la finalità di tutela caratteristica della nuova fattispecie è quella di anticipare la repressione criminale a condotte potenzialmente prodromiche rispetto alla conclusione di veri e

¹⁶² Così Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

¹⁶³ Così, tra gli altri, Pagliaro A. – in *Principi di diritto penale, Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.

¹⁶⁴ Cass. sez. VI pen. 27-03-1972 n. 437; Cass. sez. VI pen. 14-03-1996 n. 2714 ed altresì Cass. sez. VI pen. 12-04-1986 n. 2891.

¹⁶⁵ Così Viganò F. nella più volte citata *Relazione al Convegno italo – spagnolo del 29 e 30 Maggio 2014, I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

propri accordi corruttivi, significativa appare sin da subito la sua collocazione sistemica in una norma subito successiva all'art. 346, cioè alla fattispecie di millantato credito, piuttosto che ai delitti di corruzione.

Tale collocazione, si spiega certamente con la recente evoluzione del dibattito dottrinario che, già precedentemente all'introduzione dell'autonoma fattispecie di traffico di influenze, tendeva ad ampliare opportunamente il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di millantato credito, fino a ricompredervi, oltre alla vanteria di un credito concretamente inesistente, o almeno non nei termini vantati dall'autore del reato, anche la vanteria riferita ad un credito davvero presente e consistente in generiche e rodate relazioni parentali, amicali, capacità di manovra od influenza sull'operato dell'agente pubblico, di cui l'autore del reato realmente disponesse. In particolare, grazie all'opportuna estensione interpretativa propugnata dalla dottrina in discorso, *“l'oggetto di tutela del millantato credito ha abbandonato l'argine della connotazione patrimoniale del danno subito dal privato, traghettando verso le sponde della tutela della p.a.: proprio per questo la più moderna dottrina preferisce usare la calzante espressione di «traffico di influenze illecite»¹⁶⁶, che verrà poi significativamente fatta propria dalla rubrica del reato di nuovo conio di cui all'art. 346 bis c.p.”¹⁶⁷. Tale spostamento dell'asse della tutela giuridica, nell'ambito dell'interpretazione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di millantato credito,*

¹⁶⁶Così ad esempio già Antolisei F. – in *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano, 2008; ed altresì Pedrazzi C. in *Millantato credito, “traffico d'influenze”, “influence peddling”*, Diritto e Processo Penale, 1968; e ancora Tagliarini F. – in *Millantato credito* da Enciclopedia del Diritto, XXVI, Milano, 1976; così come Fiandaca G. e Musco E. – in *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. I: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010; per la giurisprudenza sposa l'orientamento in discorso Corte di Cass. sez. VI pen., sent. 07-09-2005, n. 33049.

¹⁶⁷Traccia un quadro storico dell'evoluzione interpretativa in discorso Lucianetti V. che significativamente ricollegando l'interpretazione evolutiva in discorso alla fattispecie introdotta dal legislatore del 2012, in conclusione afferma: *“Abbandonata, dunque, del tutto l'idea di un millantato credito a tutela esclusivamente dell'onore e del prestigio della p.a., in linea con la concezione di uno Stato autoritario in cui giammai la vendita fumi doveva far apparire scorretti e venali i suoi funzionari, il più maturo indirizzo dottrinario e giurisprudenziale, oggi fatto proprio dalla normativa nazionale di recente introduzione, ha espunto ogni nota di frode od inganno dalla nozione di millanteria, e ha delineato il delitto non più come vendita di fumo bensì come traffico di influenze illecite polarizzato sul disvalore del mercanteggiamento dell'ingerenza nell'attività della p.a.”* – in *Dal millantato credito al traffico di influenze illecite: l'evoluzione del bene giuridico tutelato dall'art. 346*, Diritto Online, 2015.

se ha avuto in sé il buon intento di precorrere la scelta poi espressa dal legislatore del 2012, ha altresì prestato il fianco ad alcune critiche e perplessità.

L'art. 346 in particolare, sancendo la punibilità del solo millantatore, mostrava su questo profilo l'originaria connotazione truffaldina insita nella condotta tipica, in cui il soggetto che si presta alla dazione di denaro od altra utilità compare nelle vesti di vittima, che subisce un inganno: *“mentre nel millantato credito, stricto sensu inteso, chi “paga” il millantatore è nella sostanza un soggetto ingannato (truffato), sicché si comprende la non punibilità del medesimo in quanto soggetto passivo del reato, nel millantato credito allargato, ossia nel credito vantato ed effettivo, che sta alla base del traffico di influenze di matrice giurisprudenziale, non c'è una vittima dell'inganno, ma semmai un soggetto che si proponeva di trarre vantaggio dall'altrui influenza: sicché entrambi i soggetti, e non solo chi vanta, parevano meritevoli di punizione (...) Il costo era peraltro rappresentato da uno strappo abbastanza vistoso al canone di tassatività e determinatezza della fattispecie (...)”*¹⁶⁸.

Così, già nella vigenza della nuova fattispecie di traffico di influenze, autorevole dottrina ha opportunamente provveduto a rimarcare le differenze tra le due fattispecie, sottolineando come la nuova fattispecie incriminatrice *“pur presentando vistose analogie con il reato di millantato credito di cui all'art. 346 c.p. se ne differenzia per un insieme di elementi(...) le relazioni intercorrenti tra l'intermediario ed il soggetto pubblico devono essere davvero esistenti, e non già meramente vantate come nell'ipotesi criminosa limitrofa di cui all'art. 346 cp; inoltre, diversamente che in quest'ultima, punito è anche il soggetto che paga il mediatore”*¹⁶⁹.

E tuttavia è necessario dar conto di ulteriore caratteristica della genesi dell'introduzione della fattispecie di traffico di influenze. Nell'enucleare la nuova fattispecie incriminatrice in discorso all'interno del nostro codice penale infatti, anche in questo caso il legislatore del 2012 ha opportunamente provveduto

¹⁶⁸ Le rilevazioni sono del Veneziani P. – in *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.4, anno 2016

¹⁶⁹ Così Fiandaca G. e Musco E. – in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione* in suppl. a *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1 : Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017.

all'attuazione legislativa di specifici obblighi internazionali, assunti dal nostro Paese con la firma, e con la successiva ratifica, della Convenzione ONU di Merida (2003) e della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (1999). La Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa in particolare, nel suo art. 12 chiedeva agli Stati aderenti di prevedere come reato nei loro rispettivi ordinamenti, la condotta intenzionale di *promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione, a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione titolare di funzioni pubbliche, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato*¹⁷⁰.

Dal canto suo la Convenzione ONU del 2003 all'art. 18 suggeriva agli Stati membri di prevedere come reato, sempre qualora commessi intenzionalmente, *il fatto di promettere, offrire o concedere a un p.u. o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto p.u. o altra persona abusasse della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da una amministrazione o da una pubblica autorità dello Stato un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona; il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona, al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato*¹⁷¹.

Le due norme convenzionali, concentrano pertanto il disvalore del fatto nell'esistenza di un accordo intercorrente tra due soggetti, e più in particolare un accordo implicante uno scambio tra un indebito compenso, e l'eventuale futuro esercizio di un'influenza sull'attività pubblica, diretta a conseguire un indebito

¹⁷⁰ Così l'art. 12 della Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa, Strasburgo 1999, ratificata dall'Italia solo con l. 110/2012.

¹⁷¹ Così l'art. 18 della Convenzione ONU, Merida, 2003, ratificata dall'Italia con l. 116/2009.

vantaggio da parte di una pubblica amministrazione. Viene in particolare in rilievo la caratteristica della mancanza di specificazioni sulla natura di tale influenza: non importa che essa sia inesistente, reale o solo supposta, né che venga o meno in concreto poi esercitata. La fattispecie incriminatrice prospettata in sede internazionale viene a concentrarsi tutta sull'esistenza di un patto tra due soggetti, avente ad oggetto la compravendita di una indebita ingerenza sullo svolgimento dell'attività amministrativa. La presenza di suddetto *pactum sceleris* è confermata dalla previsione di una punibilità che colpisca entrambi gli autori del patto, compartecipi necessari di un disegno criminoso comune che ha come obiettivo quello di alterare, attraverso l'influenza, il regolare svolgimento di un'attività amministrativa.

Nel lodevole intento di adeguare l'ordinamento penale italiano, alle esigenze di repressione così espresse in sede internazionale, il legislatore del 2012 ha così provveduto a disegnare una nuova e distinta fattispecie incriminatrice, all'interno di un inedito art. 346 bis del codice penale. E tuttavia, tale introduzione ha sin da subito prestato il fianco alle aspre critiche di certa dottrina che ha rinvenuto in tale operazione non poche linee di discostamento rispetto alla proposta manifestata in sede internazionale¹⁷². Al riguardo parte della dottrina ha significativamente rilevato come - posto che il reato di traffico di influenze illecite, era già stato "*assurto a rilevanza penale per il tramite di un'interpretazione giurisprudenziale assai lata delle norme in tema di millantato credito, e segnatamente del primo comma dell'art. 346 c.p., letto in maniera tale da comprendere nel perimetro della tipicità anche le condotte consistenti nel vantare un "credito" reale ed effettivo presso il pubblico ufficiale/impiegato*" - tale modello di traffico di influenze di matrice giurisprudenziale, nata come "*sottofattispecie del millantato credito, (...) con ogni probabilità già avrebbe consentito di ritenere adempiuti quegli impegni assunti a livello internazionale dall'Italia, nel senso di introdurre nell'ordinamento il reato di traffico di influenze*"¹⁷³. Altra dottrina ha altresì sostenuto che il canale preferenziale per l'attuazione dei vincoli internazionali, sarebbe dovuto consistere al più in una

¹⁷² Così Cingari F. – in *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.1, 2017; ed altresì Veneziani P. - in *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.4, anno 2016.

¹⁷³ Le parole riportate sono sempre del Veneziani P. – in [vd. nota precedente]

mera recezione di suddetta interpretazione allargata del millantato credito, attraverso una opportuna modifica della fattispecie di cui all'art. 346 del codice penale¹⁷⁴, così da ricomprendervi espressamente sia il credito soltanto millantato, ergo la classica *venditio fumi*, sia il credito del quale il soggetto effettivamente disponesse, con conseguente punibilità, in quest'ultimo caso, sia del millantatore che del soggetto compratore, affatto ingannato, dolosamente compartecipe di un patto d'influenza, di un accordo potenzialmente precursore di fenomeni più tipicamente corruttivi. Per tale via, è stato aggiunto, sarebbe stata peraltro rispettata a pieno l'istanza internazionale, indifferente come si è detto alla natura effettiva dell'influenza oggetto di scambio, se reale, immaginaria o erroneamente supposta, così come al suo eventuale futuro esercizio. Come vedremo, il legislatore del 2012 farà una scelta diversa. Ed infatti presupposto ed elemento essenziale della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 346 bis sono proprio le relazioni esistenti del soggetto agente/mediatore con l'*intraneus* alla pubblica amministrazione, rivalorizzando così “*a contrariis per l'art. 346 la configurazione originaria di truffa qualificata, ed in certo senso contrapponendo le due disposizioni malgrado la comune ottica di una tutela avanzata della p.a. (segnatamente nei confronti di delitti di corruzione)*”¹⁷⁵.

La medesima dottrina ha quindi concluso per l'esistenza nel nostro ordinamento di due fattispecie delittuose ben distinte che, pur condividendo l'anticipazione della tutela rispetto alla potenziale e successiva commissione di più mature condotte corruttive, restano tra loro distoniche sotto numerosi profili: impunità del soggetto vittima della millanteria nell'art. 346, cui di contro corrisponde la punibilità del compartecipe necessario alla vendita di un'influenza, realmente esistente e perciò potenzialmente davvero esercitabile. Oltre a ciò, è stata rilevata l'irragionevolezza dei due trattamenti sanzionatori, posto che le pene edittali previste per il traffico di influenze corrispondono alla metà di quelle previste per il millantato credito. Inoltre, mentre nell'ambito della millanteria di cui all'art. 346, il credito che il soggetto

¹⁷⁴ Così Romano M. – in *Traffico di influenze illecite. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati*. da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015

¹⁷⁵ Così ancora Romano M. – in *Traffico di influenze illecite. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati*. da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015

agente, unico punibile, si vanta di avere, è riferito ad un pubblico ufficiale ovvero ad un incaricato di pubblico servizio che rivesta altresì la qualifica di pubblico impiegato, nel traffico di influenze le medesime relazioni, oltre che esistenti, sono state riferite ad un pubblico ufficiale ovvero, più genericamente, ad un incaricato di pubblico servizio ‘semplice’, non richiedendosi altresì che quest’ultimo sia anche pubblico impiegato.

Ulteriore profilo di disarmonia risiederebbe poi nell’oggetto materiale cui riferire la condotta tipica del soggetto-mediatore, che nella millanteria è ampiamente rappresentato da *denaro od altra utilità* (art. 346) mentre nel traffico d’influenze è descritto più limitatamente dalla formula *denaro od altro vantaggio patrimoniale*, quest’ultimo contrapponendosi alla più ampia concezione di *utilità* presente nella precedente fattispecie di millantato credito e che, come nelle classiche corruzioni, può avere qualsiasi natura, anche non strettamente patrimoniale. Infine, sempre relativamente alla condotta tipica, ad un raffronto tra l’art. 346 comma 2 e l’art. 346bis emerge solo una parziale identità tra le rispettive finalizzazioni della stessa: accanto alla formula “*come prezzo della propria mediazione*”, comune ad entrambe le fattispecie, compare infatti in un caso “*col pretesto*¹⁷⁶ *di dover comprare il favore...o di doverlo remunerare*” (art. 346), mentre nell’altro si ha la più restrittiva formula della remunerazione per il solo compimento di un *atto contrario ai doveri d’ufficio* o per *l’omissione o il ritardo* di un *atto del suo ufficio* (art. 346bis)¹⁷⁷.

D’altra parte di *incertezza sull’ambito di applicazione* della nuova fattispecie di traffico d’influenze, parla anche Cingari che, concentrandosi sulla costruzione normativa del delitto in esame, distingue anzitutto tra un traffico d’influenze *oneroso*, dove il denaro o altro vantaggio patrimoniale sono precipuamente destinati a remunerare l’*illecita* attività di mediazione del soggetto-mediatore, ed un traffico

¹⁷⁶E per la dottrina prevalente la formula “*col pretesto*” starebbe ad implicare comunque, anche qui, una falsa promessa. Se invece il denaro, od altra utilità, fossero infatti utilizzati davvero per corrompere il funzionario sussisterebbero gli estremi del reato di corruzione.

¹⁷⁷ E per Romano M. è evidente in questo senso la preoccupazione del legislatore del 2012 di preservare dall’ambito di applicazione della nuova fattispecie le condotte pur legittime di lobbying, “*per il timore di sconfinamenti verso la loro penalizzazione, nella prospettiva di una trasparente attività di lobbying*” – in *Traffico di influenze illecite. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati*. da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015

d'influenze gratuito dove invece “(...) il committente dà o promette denaro o vantaggio patrimoniale al mediatore affinché quest'ultimo remunerati il pubblico agente per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio ovvero per l'omissione o il ritardo nel compimento di un atto del suo ufficio”¹⁷⁸. L'autore dubita dunque della generica ed imprecisata sfera di prescrizione punitiva del traffico d'influenze oneroso, in particolare, nel contesto della fattispecie di recente conio non risulta definito con precisione lo scopo del patto tra il mediatore e il committente, poiché l'art. 346-bis c.p. si limita a definire la mediazione attraverso l'aggettivo “illecita”. Conseguentemente il Cingari si concentra sull'esigenza di assicurare maggior determinatezza alla fattispecie di traffico di influenze c.d. oneroso, dimostrandosi anzitutto critico verso la tesi già prospettata che propone di circoscrivere le mediazioni illecite a quelle volte ad “indurre il pubblico agente a commettere un reato idoneo a produrre indebiti vantaggi al committente: questa soluzione ermeneutica se, da un lato, assicura una sufficiente determinatezza alla fattispecie incriminatrice di recente conio, dall'altro lato, rischia di non essere completamente appagante (...)”. Ed infatti, prosegue l'autore, “ancorando l'illiceità del traffico di influenze c.d. oneroso esclusivamente al fine di indurre il pubblico agente a commettere un illecito penale (capace di generare indebiti vantaggi al committente), finirebbero per assumere rilevanza anche i patti onerosi con i quali il mediatore si impegna ad indurre il pubblico agente a compiere atti riconducibili al delitto di corruzione per la funzione (art. 318 c.p.), che invece – ai sensi dell'art. 346-bis, comma 1, c.p. – non rientra tra i reati-scopo del certamente non meno grave traffico d'influenze c.d. gratuito”. Si conclude pertanto per la preferibile opzione di collegare, attraverso una lettura coordinata delle due forme di traffico d'influenze, il traffico d'influenze c.d. oneroso “allo scopo di indurre il pubblico agente al compimento di un illecito penale e di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto d'ufficio”. Conseguenzialmente, mentre assumerebbe rilevanza penale la mediazione prezzolata diretta ad indurre il pubblico agente a compiere una serie di reati contro la p.a., come ad es. l'abuso d'ufficio o l'omissione d'atti d'ufficio oppure il delitto di turbata libertà degli incanti, di contro

¹⁷⁸ Cingari F. – in *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.1, 2017

non sarebbe rilevante quella specificatamente “*finalizzata ad indurre il pubblico agente al compimento di atti riconducibili al nuovo delitto di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p.*”. Conclusivamente, sia nel traffico oneroso che in quello c.d. gratuito, il denaro o altro vantaggio patrimoniale, sia che vengano dati o promessi a titolo di prezzo per l'attività di mediazione, sia che siano destinati a remunerare l'attività del soggetto pubblico-*intraneus*, saranno comunque, in entrambi i casi, da relazionare al compimento, da parte del soggetto di veste pubblicistica, di un *atto contrario ai doveri d'ufficio*, ovvero all'*omissione* o al *ritardo di un atto d'ufficio*.

Analogamente a quanto rilevato dal Cingari, ed in particolare sottolineando sempre l'*indeterminatezza* del concetto di *mediazione illecita*, contenuto nell'ambito del traffico d'influenze c.d. oneroso, anche Fiandaca¹⁷⁹ sembra riscontrare alcuni profili di criticità quanto all'ambito di applicazione oggettiva della fattispecie in discorso. In particolare, “*il requisito dell'illiceità dell'attività mediativa*” sembrerebbe introdurre a detta dell'Autore, “*un elemento di anti giuridicità speciale, cioè al verosimile e condivisibile scopo di evitare di sanzionare le pressioni meramente lobbistiche, che sono da considerare fundamentalmente lecite*”. Senonché la preoccupazione del legislatore penale di sottrarre dalla sfera di presione punitiva l'attività d'influenza lecitamente esercitata dai c.d. gruppi di pressione, non è stata debitamente accompagnata dalla specificazione di un *discrimen*, attraverso il quale distinguere la pressione lecita da quella illecita. Conclude pertanto sempre il Fiandaca: “*La verità è che manca una previa disciplina extrapenale da assumere a punto di riferimento per stabilire quand'è che un'attività di mediazione possa dirsi lecita piuttosto che illecita*”. Questa incertezza definitoria rispetto alla liceità od illiceità della attività di mediazione, pregiudica di conseguenza la possibilità stessa di definire con certezza i confini applicativi della fattispecie di traffico d'influenze illecite¹⁸⁰. E ciò con buona pace dei principi di determinatezza e tassatività.

¹⁷⁹ Fiandaca G. e Musco E. – in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione* in suppl. a *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017

¹⁸⁰ Così anche Alessandri A. – in *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma dalla Relazione introduttiva al Convegno Riciclaggio e*

Quanto poi all'ipotesi in cui la dazione o promessa, di tipo patrimoniale, siano destinate, nell'intesa di mediatore e committente, a remunerare l'attività del pubblico ufficiale (c.d. traffico d'influenze gratuito, per il Cingari), il Fiandaca rileva un ulteriore profilo di criticità. In particolare se suddetta remunerazione per il pubblico ufficiale, si dovesse riferire al *compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio*, “(...) ci si trova di fronte ad un tipo di condotta che coincide con un atto preparatorio assai prossimo al tentativo di corruzione propria; (...) in un'ipotesi siffatta, mancherebbe davvero molto poco per integrare un concorso nel reato di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.)”¹⁸¹. Questa possibile zona di confine assai sbiadita, e la possibile sovrapposizione di condotte così strettamente contigue, hanno contribuito a far definire ulteriormente incerto e problematico lo spazio di operatività del reato di traffico di influenze illecite, con il conseguente rischio di soluzioni applicative *troppo discrezionali, se non arbitrarie*.

Il nuovo delitto di cui all'art. 346bis cod. pen. punisce dunque sì, fatti un tempo privi di rilevanza penale, ma al riguardo occorre debitamente sottolineare come gli unici fatti rispetto ai quali era effettivamente emersa un'esigenza di criminalizzazione, e quindi di repressione penale, specie nella ormai innegabile fitta rete delle relazioni intercorrenti tra potere pubblico e privato nel nostro paese, era soltanto la cd. mediazione *illecita*. Volendo pertanto rinvenire un ultimo appiglio interpretativo per contribuire alla determinatezza della fattispecie, esso dovrebbe partire proprio dall'*intentio legislatoris*. E' *in primis* infatti evidente come il legislatore penale del 2012, non abbia affatto inteso reprimere *tout court* i fenomeni di influenza, pur leciti, normalmente esercitati, da gruppi di pressione, sull'operato della pubblica amministrazione, nel pieno rispetto della legalità e della trasparenza amministrativa: “*si pensi alla “sponsorizzazione” di meritevoli appaltatori, che avrebbero comunque vinto la gara per merito e rispondenza dei propri requisiti imprenditoriali a quelli prescritti dal bando (...)*”¹⁸². Nell'ambito di tali ipotesi perciò, prima

corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali di Courmayeur, 28–29 settembre 2012, Diritto Penale Contemporaneo del 25.03.2013

¹⁸¹ La critica alla disciplina, in questo punto, è così prospettata anche dal Padovani T. – in *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di concussione* in Archivio Penale, 12/2012

¹⁸² Così Metrangolo S. che, sempre a titolo esemplificativo, ricomprende nella categoria della lecita mediazione “*la diffusa prassi nel campo del diritto civile e commerciale delle c.d.*

dell'introduzione della fattispecie incriminatrice di traffico d'influenze, i comportamenti illeciti dei mediatori, per dirsi tali, e perciò penalmente rilevanti, avrebbero dovuto possedere tutti i requisiti tipici di altri delitti, come l'estorsione o la corruzione¹⁸³. Con la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 346bis, il quadro istituzionale cambia quindi visibilmente attraverso la criminalizzazione della sola mediazione *illecita*, dovendosi intendere per tale, vista la già rilevata carenza nella legge di ulteriori criteri discretivi, e se non altro in applicazione del principio di offensività, quella considerabile meritevole di repressione penale da parte dell'ordinamento giuridico, in quanto lesiva del buon andamento e del prestigio della Pubblica Amministrazione. Al riguardo larga parte della dottrina, nel tentativo di specificare ulteriormente gli indefiniti caratteri di tale illiceità, ha rilevato come un forte stimolo all'introduzione della fattispecie in discorso fosse peraltro pervenuto dall'aver progressivamente scoperto nella prassi giudiziaria che “*vasti settori della politica e dell'economia erano ormai legati da intrecci di relazioni affaristiche (...) in un clima di malcostume diffuso*”¹⁸⁴.

Ci sembra dunque, che nella pur lodevole preoccupazione di sopperire ad una lacuna di tutela, il legislatore abbia poi di fatto manifestato una certa reticenza nel definire compiutamente l'ambito di operatività della fattispecie che, come vedremo nel prossimo paragrafo, presenta agli occhi dell'interprete, nella sua stessa struttura, non poche zone d'ombra.

lettere di patronage, o di raccomandazioni o gradimento, in cui un soggetto, detto patron, garantisce ad un terzo la solvibilità finanziaria di altro soggetto. A seconda, poi, dell'impegno (forte o debole) profuso per garantire il futuro adempimento di quest'ultimo, il patron sarà o meno chiamato a rispondere del suo eventuale inadempimento (arg. ex art. 1381 c.c.)” – in Traffico di influenze illecite e delitti di corruzione: una relazione tormentata. Tra principio di sussidiarietà, frammentarietà e tassatività della legge penale, Giurisprudenza Penale 10/2016

¹⁸³ “Per essere più precisi, mancava una norma che conferisse rilevanza penale anche, ed esclusivamente, a quei casi in cui il privato, vantando reali conoscenze in seno alla P.A., le sfruttasse per favorire illecitamente un terzo e ricevesse da questi, per ciò solo, un compenso (...)” così sempre Metrangolo S. – in [vd. nota precedente].

¹⁸⁴ Così Bartolini F. – in *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione e ai delitti di falso in bilancio*, Milano, 2017; ma dello stesso avviso rispetto alla diffusione di siffatto affarismo sono Fiandaca G. e Musco E. – *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione* in suppl. a *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017.

4.1. I problematici aspetti strutturali del nuovo delitto e i suoi rapporti con i delitti di corruzione

Con la riforma dei delitti di corruzione, il legislatore del 2012 ha provveduto ad inserire in un autonomo articolo 346bis, la nuova fattispecie di traffico di influenze illecite che entra così a far parte del Capo II del Titolo II (Libro II), ed in particolare del catalogo dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione.

Concentrandoci ora sull'analisi della struttura del reato, il traffico d'influenze è anzitutto reato comune che, come conferma la dizione normativa, può essere infatti commesso da *chiunque*. Ed anzi, il comma 3 dell'art. 346bis rinviene nell'eventuale qualificazione pubblicistica del soggetto-mediatore, una circostanza aggravante speciale, in grado di legittimare un aumento di pena¹⁸⁵. E tuttavia, anche qui, come nelle fattispecie di corruzione, si rinviene la presenza di un accordo, *rectius*, per dirla con il Romano¹⁸⁶, di una “*intesa tra due soggetti privati che verte su uno scambio tra compenso e mediazione*” e che “*si postula avvenire su un piano di parità*”, spiegando così “*l'assoggettamento a pena di entrambi*” i partners dell'intesa, posto che specularmente a chi si fa dare o promettere il compenso, c.d. soggetto mediatore, punito con la medesima pena è anche colui che dà o promette il compenso stesso, per ciò anche detto soggetto *committente*¹⁸⁷. A norma dell'art. 346bis comma 2 infatti: “*La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro od altro vantaggio patrimoniale*”; e proprio in tale punibilità risiederebbe, come già rilevato, un elemento specializzante della fattispecie in esame rispetto alla figura-base di millantato credito (art. 346 cod. pen.), quest'ultima conservando così nella condotta tipica la sua connotazione più marcatamente fraudolenta, dove i soggetti, non agendo su un piano di parità, si rapportano da millantatore a vittima che subisce un inganno, per l'appunto la millanteria dell'unico soggetto attivo di reato. Soggetto passivo è la Pubblica Amministrazione, titolare del bene giuridico protetto rinvenibile nel

¹⁸⁵A norma dell'art. **346bis comma 3**: “La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere a sé o ad altri, denaro od altro vantaggio patrimoniale, riveste la qualifica di **pubblico ufficiale** o di **incaricato di pubblico servizio**”.

¹⁸⁶ Così Romano M. – in *Traffico di influenze illecite su I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015

¹⁸⁷ Tra gli altri, parla di ‘committente’ Cingari F. – in *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.1, 2017

prestigio dell'ufficio amministrativo, e più in generale nel buon andamento e nell'imparzialità cui deve informarsi l'attività amministrativa stessa, in corrispondenza a quanto previsto dal sicuro riferimento costituzionale, di cui all'art. 97 Cost.

Per quel che riguarda la condotta tipica, occorre tenere conto dell'esistenza di suddetta intesa: il mediatore si fa dare o promettere dall'altro, indebitamente, denaro od altro vantaggio patrimoniale, e a tale risultato perviene sfruttando le relazioni che egli effettivamente possiede con un pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio. Per quel che riguarda il vantaggio patrimoniale, si è già detto come tale specificazione in ordine alla "*patrimonialità*" dell'oggetto materiale si discosti dal generico riferimento ad "*altra utilità*", pur presente nelle altre fattispecie corruttive: con tale variazione, il legislatore esclude la rilevanza penale dei vantaggi di tipo morale, ivi comprese le prestazioni sessuali.

Per tale aspetto, la dottrina ha rilevato ancora una volta e criticamente "*il timore nel legislatore di un'estensione eccessiva dell'area di operatività della norma*" che pure finirebbe per rendere problematici i rapporti con i delitti di millantato credito e corruzione: "*basti pensare che il compenso pattuito in prestazioni sessuali per un intervento da compiere presso il pubblico ufficiale, è illecito sol che si sia in presenza dell'inganno di un millantatore di credito falso*" e se trattasi di incaricato di pubblico servizio, solo se egli è altresì pubblico impiegato; "*mentre non lo sarebbe nel caso in cui le relazioni con il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, esistessero davvero!*" e ancora: "*per di più quando in ambedue le situazioni potrebbe essere stata ventilata una corruzione del pubblico agente, da attuarsi mediante... analoghi favori sessuali!*"¹⁸⁸.

Quanto alle relazioni, esse debbono in primo luogo essere esistenti. In particolare, la mancanza ed insussistenza delle relazioni, almeno in quantità apprezzabile, tra mediatore e soggetto pubblico, renderebbe impossibile l'integrazione della fattispecie tipica, posto che in tal caso l'intesa tra i due soggetti, stando ad un'interpretazione

¹⁸⁸ Così Romano M. – in *Traffico di influenze illecite su I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati* da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015.

letterale del dettato normativo, che appunto vuole suddette relazioni *esistenti*, perderebbe di idoneità lesiva, inidonea com'è a percorrere un qualche tipo di influenza sul soggetto pubblico. Trattandosi di elemento costitutivo del reato, l'accusa sarà onerata del compito di provare l'esistenza e l'effettività di tali relazioni che il mediatore possiede presso questo o quell'ambiente della pubblica amministrazione¹⁸⁹.

Lo sfruttamento infine di suddette relazioni, pure richiesto nell'ambito della descrizione della condotta tipica, per autorevole dottrina¹⁹⁰ non implicherebbe in particolare che il mediatore le affermi o confermi al suo interlocutore, o che ne specifichi il tipo; non è altresì necessario che il soggetto si convinca alla indebita dazione o promessa in quanto specificatamente messo a conoscenza dell'identità del soggetto pubblico con il quale il mediatore, avrebbe relazioni effettive. Tale requisito di esplicitazione dei caratteri della relazione, non compare in effetti nella descrizione della fattispecie incriminatrice e deve pertanto ritenersi escluso dal novero degli elementi costitutivi richiesti per la sua integrazione. Ma vi è allora da chiedersi se, ad integrare la fattispecie tipica, potrebbero in ipotesi bastare gli atteggiamenti di mero contegno del mediatore, la cui identità, in ipotesi notoria o comunque tale per l'altro soggetto, potrebbe quindi di per sé bastare a convincere della convenienza di una dazione o promessa patrimoniale, perché l'influenza in questo caso è deducibile dalle caratteristiche stesse di chi si propone come mediatore (es. perché padre di un pubblico ufficiale).

¹⁸⁹ La rilevazione del conseguente onere probatorio è sempre del Romano M. – in [vd. nota precedente]; ed altresì criticamente rispetto al requisito dell'*esistenza* delle relazioni, si esprimono Fiandaca G. e Musco E. che, contrapponendo la fattispecie in discorso, sotto questo profilo, a quella di millantato credito di cui all'art. 346, affermano: “*Se la differenza è chiara in linea tendenziale, ciò non toglie che nella prassi giudiziale possano affiorare incertezze al momento di verificare se si sia davvero in presenza di relazioni 'esistenti': saranno da considerare tali, ad esempio, anche preesistenti relazioni superficiali che il mediatore tende pure soltanto ad enfatizzare? O le relazioni esistenti, ma pure 'enfatzate', rientrerebbero a miglior titolo nella fattispecie di millantato credito?*” – in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione* in suppl. a *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017.

¹⁹⁰ Così Romano M. – in *Traffico di influenze illecite su I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015.

Per quel che riguarda infine, l'oggetto materiale della condotta tipica, i profili di maggiore criticità si rinvergono nella costruzione stessa della fattispecie incriminatrice. Ed infatti, com'è già stato rilevato, il denaro o altro vantaggio di tipo patrimoniale, possono alternativamente¹⁹¹ costituire:

- a. il **prezzo** dell'attività di **illecita mediazione** nei confronti del soggetto pubblico, e quindi il compenso per l'attività mediativa;
- b. il **compenso** per il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che viene così remunerato in relazione al compimento di un *atto contrario* ai suoi doveri, ovvero all'*omissione* o al *ritardo* di un *atto di ufficio*.

Come si vede, nel solo secondo caso, la remunerazione del soggetto pubblico è specificatamente correlata al compimento di un *atto contrario* ai doveri d'ufficio, ovvero all'*omissione* o *ritardo* nel compimento di un *atto d'ufficio*¹⁹². E dunque anche relativamente a quest'ultimo profilo, è stato criticamente rilevato come “*sempre per il timore di coinvolgere, rectius di fraintendere come reato, legittime attività di intermediazione, il legislatore pare così limitare il delitto, quanto alle corruzioni, ai soli casi, più gravi, di corruzione propria o di corruzione in atti giudiziari, escludendo invece la corruzione per l'esercizio della funzione (...)*”¹⁹³. In effetti tale limitazione, non era in origine prevista, essendo piuttosto direttamente conseguita alla espunzione, dalla clausola di riserva iniziale, che analizzeremo subito

¹⁹¹ Assieme al Romano M., non consideriamo dunque corretta, *almeno non in assoluto*, la statuizione di **Corte di Cass. sez. VI pen. 11-07-2013 n. 255.618**, secondo cui nel traffico di influenze illecite, e in ciò risiederebbe la sua differenza rispetto alle fattispecie di corruzione, *il prezzo sarebbe finalizzato a retribuire soltanto l'opera di mediazione*, non potendo, neppure parzialmente, essere destinato al soggetto pubblico; così anche Romano M. - in *Traffico di influenze illecite su I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati* da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015.

¹⁹² Ma si è visto che per il Cingari F. siffatta correlazione è implicitamente riferibile anche al traffico d'influenze *oneroso*, dove cioè il prezzo è destinato a remunerare l'attività di mediazione stessa – in *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.1, 2017; ed altresì per la valenza generale del solo riferimento alle condotte prodromiche di corruzione propria o in atti giudiziari anche Viganò F., per il quale “*il dato testuale non è, invero, adamantino (...)*” – in Viganò F. *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.01.2015.

¹⁹³ Così Romano M. – in [vd. nota 118]; e vedi altresì critici in tal senso Fiandaca G. e Musco E. – in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione* in suppl. a *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017.

appresso, dell'art. 318. Il rinvio all'art. 318 era in effetti presente sino all'ultimo passaggio camerale, subito prima della approvazione definitiva della legge; eppure, la sua infelice espunzione è apparsa, alla stessa dottrina appena citata, *difficilmente accettabile* e ciò per due fondamentali ragioni: *in primis* perché non si vede per quale ragione il rinvio alla corruzione prevista dall'art. 318 cod. pen. debba essere presente nel delitto di millantato credito (art. 346) e non nella successiva e limitrofa fattispecie di traffico d'influenze (art. 346bis) che pure ha il fine, unanimemente riconosciuto anche in giurisprudenza, di garantire la repressione penale di tutte le condotte prodromiche alla realizzazione di corruzioni vere e proprie; *in secundis* e a maggior ragione, perché l'assenza del rinvio all'art. 318, nel traffico d'influenze *cd. gratuito*, provocherebbe quindi l'irrelevanza penale di una pattuizione avente ad oggetto la remunerazione extra del pubblico agente in relazione al futuro esercizio della funzione, inteso come compimento di uno o più atti conformi ai doveri ovvero come asservimento della funzione *tout court*; e quindi l'irrelevanza penale, limitatamente al traffico d'influenze *gratuito*, di condotte prodromiche alla realizzazione di corruzioni per l'esercizio della funzione¹⁹⁴.

Stando al tenore letterale della disposizione dunque, la pattuizione tra il mediatore ed il soggetto-committente, che abbia ad oggetto denaro od altro vantaggio patrimoniale destinati a costituire specificatamente la remunerazione extra dell'attività di un soggetto pubblico-*intranseus*, ed orientata altresì alla commissione di una corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 cod.pen.), non integrerebbe a rigore il traffico di influenze illecite. Per la dottrina prevalente, siffatta conclusione, pur rispettando l'interpretazione letterale della norma, susciterebbe ampie riserve, segnatamente sotto il profilo della ragionevolezza, rispetto alla legittimità costituzionale

¹⁹⁴ L'analisi critica è del Romano M. il quale aggiunge al riguardo: “*l’infelice modifica in extremis della disposizione, cioè la restrizione alle sole corruzioni propria o in atti giudiziari (con l’eliminazione del riferimento all’art. 318) determina una conseguenza paradossale, ponendo l’interprete dinanzi ad un serio dilemma. E in effetti, alla eliminazione in questione si potrebbe ancora rimediare intendendo la corruzione per l’esercizio della funzione ugualmente ricompresa nella norma, ma ricompresa non là dove essa menziona la ‘remunerazione’ (...) bensì là dove allude alla ‘mediazione illecita’. La mediazione concordata sarebbe allora ‘illecita’ (e il delitto di traffico di influenze realizzato), anche quando preveda che il pubblico agente eserciti la funzione o i suoi poteri, dietro dazione o promessa di denaro od altra utilità (...)*” – in *Traffico di influenze illecite su I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015.

complessiva della nuova fattispecie incriminatrice¹⁹⁵. Di qui, un'alternativa obbligata per l'interprete: ravvisare nella condotta prodromica alla realizzazione di una corruzione per l'esercizio della funzione, un semplice accordo a commettere un delitto ex art. 115 cod. pen., con conseguente facoltà per il giudice di applicare ad entrambi i soggetti partecipanti all'intesa, una misura di sicurezza.

Al termine dell'analisi strutturale della fattispecie in discorso, occorre infine dar conto della presenza di suddetta clausola eccettuativa, ulteriormente limitativa dell'operatività del delitto in esame, che apre la disposizione di cui al nuovo art. 346 bis: "*fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319ter*". Essa ha lo scopo di precisare che il delitto in esame non può concorrere con i reati di corruzione propria (art. 319) e di corruzione in atti giudiziari (art. 319ter). Pertanto, la concreta e successiva attuazione dell'accordo raggiunto dai due soggetti, ossia l'effettiva remunerazione del soggetto pubblico affinché questi compia un atto contrario ai doveri del proprio ufficio, ovvero ometta o ritardi il compimento di un atto d'ufficio, quand'anche al fine di favorire o danneggiare una parte processuale, comporterà la responsabilità di mediatore e committente per concorso in uno di tali ultimi, più gravi, delitti di corruzione, restando così assorbito il traffico di influenze¹⁹⁶. Tuttavia, una parte della dottrina si discosta da suddetta tesi dell'assorbimento, privilegiando un'interpretazione di detta clausola di riserva, *in termini di presupposto negativo*, volendo così il legislatore indicare che "*la nuova fattispecie potrà trovare applicazione soltanto nei casi in cui non risultino applicabili le più gravi fattispecie della corruzione propria e della corruzione in atti giudiziari (...)*"¹⁹⁷; e giungendo per tale via pur sempre a risultati applicativi analoghi.

¹⁹⁵ Così ancora Romano M. – in [vd. nota precedente].

¹⁹⁶ Così conclude Romano M. – in *Traffico di influenze illecite su I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati* da *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015

¹⁹⁷ Si esprimono così Fiandaca G e Musco E. che consequenzialmente aggiungono: "*sarebbe così ad esempio da ritenersi integrata una ipotesi di corruzione, se l'intermediario giungesse a coinvolgere il pubblico ufficiale, e quest'ultimo accettasse la dazione o la promessa di denaro; mentre si configura il reato di traffico d'influenze allorchè l'intermediario si limiti a farsi dare o promettere (...) per interferire poi (...) e continuerà a configurarsi il reato di 'traffico', senza sfociare ancora nella corruzione, ove l'intermediario si spinga eventualmente a contattare il soggetto pubblico, senza però dare o promettere nulla neppure a livello di tentativo*" – in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica*

La presenza della clausola in questione, confermerebbe pertanto il rapporto di anticipazione funzionale intercorrente tra il delitto di traffico d'influenze ed i delitti di corruzione. E tuttavia, profili problematici pone ancora una volta proprio la mancata menzione, nell'ambito di tale clausola, dell'art. 318 cod. pen., deliberatamente espunto, come si è già avuto modo di sottolineare, dalla formulazione originaria della norma. Ma a ben vedere, la presunta lacuna, potrebbe colmarsi proprio aderendo alla tesi della onnicomprensività della sfera di prescrizione punitiva del nuovo delitto rispetto a qualsiasi condotta prodromica alla commissione di delitti di corruzione, compresa la corruzione di cui all'art. 318 cod. pen. Se così è, allora il concorso di reati resta escluso in ogni caso, e dunque anche rispetto alla corruzione per l'esercizio della funzione, destinata ad assorbire il traffico d'influenze. Ed altresì al medesimo risultato si dovrebbe pervenire considerando l'intesa finalizzata alla corruzione di cui all'art. 318, un mero accordo a commettere un delitto ex art. 115 cod. pen.: anche in questo caso infatti, l'accordo a commettere un delitto, dovrebbe ritenersi assorbito dalla successiva consumazione, o dal successivo tentativo, di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318).

Conclusivamente, e per gli aspetti fin qui sottolineati, appare comprensibile come gran parte dell'autorevole dottrina summenzionata abbia finito per definire la nuova fattispecie di traffico d'influenze di difficile applicazione pratica, complessivamente mal costruita, con valutazioni negative che investono pure il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore. Relativamente a quest'ultimo profilo, tra gli altri, così si esprime Viganò: *“Più in generale, il nuovo delitto di traffico di influenze illecite – modellato su una realtà criminologica imponente in Italia, come anche recenti fatti di cronaca attestano – finirà, anche nelle rarissime ipotesi in cui si arrivi ad una sentenza di condanna prima dello spirare del termine di prescrizione, per essere sanzionato in maniera quasi irrisoria, se solo si considera che le pene fino a tre anni, specie per i ‘colletti bianchi’, sono destinate ad essere eseguite con modalità alternative alla detenzione, dal bassissimo contenuto afflittivo”*¹⁹⁸. Si accostano a

amministrazione in suppl. a Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Bologna 2017.

¹⁹⁸ Così ancora Viganò F. – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

detta critica in punto di pena anche Fiandaca e Musco, per i quali in ultima analisi appare assai discutibile, *in termini di razionalità e ragionevolezza*, che per il traffico d'influenze illecite, “*quale fattispecie comparativamente più grave sotto l'angolazione prospettica del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, sia previsto un trattamento sanzionatorio sensibilmente meno rigoroso (reclusione da 1 a 3 anni) rispetto a quello riservato al millantato credito (reclusione da 1 a 5 anni e sanzione pecuniaria aggiuntiva*”¹⁹⁹.

Infine come era prevedibile, anche la giurisprudenza, solitamente terreno privilegiato per l'emersione di contrasti interpretativi e zone d'ombra riguardanti l'applicazione di una nuova fattispecie incriminatrice, è stata ben presto chiamata a tracciare alcuni dei confini applicativi della fattispecie di traffico d'influenze, specie rispetto all'ambito di applicazione dei delitti di corruzione. In primo luogo, nel solco della prevalente dottrina, precedentemente analizzata, anche la Corte di Cassazione ha sottolineato come l'art. 346bis miri a realizzare una tutela penale di tipo general-preventivo, e segnatamente di tipo prodromico rispetto alla futura ed eventuale commissione di corruzioni vere e proprie. Il traffico d'influenze illecite, in altre parole, punirebbe un *comportamento propedeutico alla commissione di una eventuale corruzione*²⁰⁰ ma anche alla commissione di altri e diversi delitti, non necessariamente, o non soltanto, lesivi di interessi della Pubblica Amministrazione.

In tempi più recenti, la Suprema Corte ha tuttavia ulteriormente avuto modo di esprimersi sull'operatività della neo-introdotta fattispecie incriminatrice di traffico d'influenze, definendone più specificatamente i confini rispetto alla fattispecie di corruzione propria (art. 319) ed implicitamente anche rispetto a quella di millantato credito (art. 346), in una nota pronuncia risalente al Febbraio del 2016 e relativa alla

¹⁹⁹ Così Fiandaca G. e Musco E. – in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione in suppl. a Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017; per analoghe conclusioni si veda altresì Pulitanò D. – in *La novella in materia di corruzione* da Cass. pen. suppl. a fasc. 11/2012.

²⁰⁰ Così in **Corte di Cass. sez. VI pen. sent. 12-03-2013, n. 254.442**, dove i giudici della Suprema Corte hanno altresì aggiunto che il delitto di traffico di influenze illecite non sarebbe quindi ipotizzabile quando “*sia già stato accertato un rapporto, paritario o alterato, fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato*” che prescinda dalla preesistenza di un'attività di mediazione.

gestione di alcuni stabilimenti petroliferi in terra lucana, più precisamente al centro olii della Total, chiamato *Tempa Rossa*²⁰¹. In tale occasione, i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto integrata la fattispecie di traffico d'influenze, dichiarandola tuttavia inapplicabile al caso concreto in quanto non ancora entrata in vigore nel nostro ordinamento all'epoca della commissione dei fatti oggetto della decisione che vedevano come protagonista un esponente politico, all'epoca dei fatti deputato del Partito Democratico, accusato di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio nonché di turbata libertà degli incanti.

L'imputato era in particolare stato condannato dalla Corte d'Appello di Potenza, che riformava così la sentenza emessa in esito a giudizio abbreviato dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Potenza, anche per il delitto di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p. perché, a fronte della promessa di 200 mila euro, si impegnava *a fare pressioni sia sui manager della Total, sia sul Presidente della Giunta regionale della Basilicata, al fine di ottenere l'aggiudicazione delle gare d'appalto relative al Centro oli 'Tempa Rossa'* a società riconducibili ad un determinato gruppo di imprenditori, che corrispondevano a lui la predetta somma, *e facendo valere a tal fine il potere e l'influenza esercitati in ragione della qualità di parlamentare e di leader del Partito Democratico di Potenza*. A tal proposito, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la Corte d'Appello, ritenne che l'intervento dell'imputato fosse stato *decisivo* per giungere all'aggiudicazione dell'appalto alla cordata d'imprenditori da parte dei quali vi era stata la promessa di 200.000 euro, promessa accettata dall'imputato. Tale somma, rappresentava pertanto il corrispettivo anzitutto per *l'interessamento e l'appoggio dell'imputato presso i vertici Total e poi anche presso la Regione Basilicata, affinché fosse garantita l'aggiudicazione dell'appalto* agli imprenditori del gruppo. La condotta dell'imputato, concludevano pertanto i giudici d'Appello, integrava il delitto di corruzione ex art. 319 c.p., per il solo fatto di avere egli *accettato* la promessa corruttiva. La difesa dell'imputato proponeva quindi ricorso per Cassazione sostenendo in particolare, e per quel che a noi interessa sottolineare, che, pur volendosi ritenere ammissibile la realizzazione della condotta oggetto dell'imputazione da parte dell'imputato, questa non potesse tuttavia integrare il delitto

²⁰¹ Ci riferiamo a Corte di Cass. sez. VI pen. sent. 26-02-2016, n. 23355 (**Tempa Rossa**).

di corruzione propria di cui all'art. 319 cod. pen. Nel caso di specie infatti, continuava ad argomentare la difesa, *mancherebbe del tutto il requisito dell'atto d'ufficio che, secondo la dottrina e la giurisprudenza della Corte di cassazione, seppure non di specifica competenza dell'intraneus, deve pur tuttavia essere espressione diretta o indiretta della funzione pubblica esercitata*. In tal senso, si precisa nel ricorso, si è espressa in particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione *secondo cui dall'ipotesi del delitto di corruzione ex art. 319 sono escluse quelle in cui il pubblico ufficiale prometta e ponga eventualmente in essere il suo intervento prezzolato, avvalendosi della sua qualità e del prestigio che gli deriva dalla carica ricoperta, senza che l'intervento stesso implichi l'esercizio di poteri istituzionali propri del suo ufficio o comunque ad essi collegabili*.

La Corte di Cassazione affronta pertanto preliminarmente la questione della configurabilità del delitto di corruzione propria previsto dall'art. 319 del cod. pen. e a riguardo, precisa come la commissione parlamentare di appartenenza dell'allora deputato (n.d.r. Commissione Ambiente) non avesse alcuna competenza in materia di appalti, l'imputato inoltre, *pur pubblico ufficiale nella sua veste di parlamentare, non aveva alcun ruolo nella materia delle gare d'appalto*, sicchè la condotta, per la quale è stata affermata la sua responsabilità, *non può integrare il delitto di corruzione*. La Suprema Corte, richiamando a riguardo la giurisprudenza di legittimità già intervenuta in materia²⁰², ribadisce che *il delitto di corruzione appartiene alla categoria dei reati propri funzionali, perché elemento necessario di tipicità del fatto è che l'atto o il comportamento oggetto di mercimonio rientrino nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto (...), nel senso che occorre che siano espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione esercitata da quest'ultimo*, circostanza per contro non ravvisabile nel caso di specie. Di conseguenza, *non ricorre il delitto di corruzione passiva se l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell'accordo illecito non comporta*

²⁰² In particolare Corte di Cass. sez. VI pen. **sent. 04-06-2006, n. 33435**; ed altresì Corte di Cass. sez. VI pen. **02-03-2010, n. 20502** dove si afferma altresì che per la *configurabilità del reato di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.* è necessario e sufficiente che si sia in presenza di un atto *rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto*.

l'attivazione dei poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabile.

La Corte conclude affermando che simili condotte, come quella riferibile al caso di specie, possono semmai rientrare *nel paradigma del traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 bis c.p.* all'epoca dei fatti tuttavia *non ancora previsto dal nostro ordinamento come reato, poiché introdotto solo successivamente dalla l. 190/2012*, e pertanto non applicabile al caso concreto in forza del principio di irretroattività della legge penale.

Al riguardo sono doverose tuttavia alcune precisazioni. Si è detto di come la fattispecie di traffico d'influenze avesse già trovato ingresso nel nostro ordinamento, e segnatamente prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012, attraverso un'interpretazione estensiva della fattispecie di millantato credito di cui all'art. 346 cod. pen., promossa dalla giurisprudenza di merito. Tale interpretazione faceva leva sull'estensione del significato del termine *millantare* ritenuto idoneo a ricomprendere anche la più generica vanteria in ordine a *relazioni* pure realmente esistenti ed effettive. Ed è proprio da quest'ultimo punto di vista che la Corte di Cassazione ha forse perduto un'importante occasione. In sede di primo commento alla sentenza, è stato infatti rilevato che se la Corte di Cassazione, avesse deciso di aderire in sede decisoria a suddetto pregresso orientamento estensivo - tracciando quindi una linea di continuità interpretativa, pure in sede giurisprudenziale, tra la fattispecie di traffico di influenze, creata per così dire dalla 'costola' del millantato credito, e la nuova fattispecie incriminatrice in seguito positivizzata nell'art. 346bis – *essa avrebbe allora dovuto qualificare il fatto oggetto del giudizio come traffico di influenze illecite e applicare la relativa disciplina sanzionatoria, ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p., in quanto norma più favorevole (lex mitior) rispetto a quella prevista per il delitto di millantato credito*²⁰³.

²⁰³ La tesi è esposta da Ubiali M. in Nota a Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, *Diritto Penale Contemporaneo*, 20.06.2016.

5. La concussione e il suo c.d. ‘spacchettamento’. La concussione ambientale.

Già autorevole dottrina italiana, ben prima dell'intervento del legislatore del 2012 sulla fattispecie di concussione di cui all'art. 317 cod.pen., aveva sottolineato i caratteri di questa peculiarità italiana, largamente utilizzata dalla magistratura inquirente in quanto idonea ad incentivare il privato-vittima, sicuro della sua impunità, alla denuncia di fatti corruttivi in ambito pubblico²⁰⁴; ma altresì peculiare sotto il profilo repressivo, se solo si consideri che “*nella quasi totalità degli altri sistemi, il pubblico agente che abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è chiamato a rispondere per estorsione aggravata (...)*”²⁰⁵. Nelle ipotesi di concussione, il pubblico agente era punito assai più gravemente, a seguito dell'accertamento della sua responsabilità, che non nelle ipotesi sorelle di corruzione, e d'altra parte abbiamo già sottolineato nella prima parte della presente trattazione come dall'elevato quadro editale derivasse un termine prescrizione assai più lungo di quello normalmente occorrente per l'estinzione delle ‘sorelle’ corruzioni.

Un'ulteriore istanza di rivisitazione, se non di completo depennamento del delitto di corruzione dall'ordinamento italiano, proveniva infine dalle deputate sedi internazionali. Il problema principale era costituito proprio dall'impossibilità di punire il privato, in radice considerato vittima di un sopruso del pubblico agente. Questa impossibilità di punire il privato non veniva scalzata nemmeno dalla più recente riconduzione, da parte di una giurisprudenza estensiva, al paradigma normativo della concussione, anche di quelle condotte nelle quali il privato, lungi dal comparire in qualità di vittima, impossibilitata a compiere una scelta ulteriore

²⁰⁴ L'interessante rilevazione dell'effetto della disciplina sulle prassi delle procure italiane è di Viganò F. – *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

²⁰⁵ Così Seminara S. che, proseguendo nel paragone tra i due paradigmi normativi, rileva altresì che “*il nostro codice punisce il concussore con la reclusione da quattro a dodici anni, mentre l'autore dell'estorsione è passibile di una pena detentiva da cinque a dieci anni; considerando che il funzionario può ulteriormente beneficiare dell'attenuante ex art. 323bis cod. pen., ne deriva che il trattamento a lui riservato è più favorevole di quello che gli deriverebbe dalla riconduzione della sua condotta al paradigma normativo dell'estorsione aggravata (...)*” – in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, Diritto Penale e Processo, 10/2012; ed altresì Viganò F. che parla di “*peculiarità italiana con pochissime ed imprecise corrispondenze presso le altre legislazioni europee (...)*” – in [vd. nota precedente].

rispetto a quella prospettata dall'agente pubblico, si determinasse invece alla dazione o promessa al fine di ottenere da costui uno specifico atto contrario ai suoi doveri d'ufficio, ovvero di ottenere in cambio qualunque altro beneficio, derivante da un uso distorto del potere pubblico. *“Proprio l'effetto di non punibilità del privato, autore della dazione o promessa indebita al pubblico agente, prodotta da siffatta dilatazione nella prassi applicativa della norma sulla concussione (...) era d'altra parte nel mirino di numerose organizzazioni internazionali, l'OCSE in primis, a vario titolo interessate ad una più efficace repressione dei fenomeni di corruzione nell'ordinamento italiano...”*²⁰⁶. Ed anche il rapporto di valutazione sull'Italia, redatto dal *Group of States against Corruption* ed adottato nella cinquantaquattresima riunione plenaria, svoltasi a Strasburgo nel marzo del 2012, aveva significativamente messo in luce come l'allora vigente disciplina della concussione potesse condurre a risultati pratici *irragionevoli*, laddove *colui che offre la tangente ha diritto insindacabile di essere esentato dalla sanzione*. Di qui la conseguente raccomandazione al nostro legislatore di rivisitare l'uso improprio che potesse esserne stato fatto in sede applicativa, e quindi di una revisione generale della fattispecie di concussione. *“In realtà, la concussione, così come prevista nel testo ante riforma, necessitava di una riformulazione che fosse idonea a recepire le raccomandazioni di carattere internazionale, provenienti in particolare dal rapporto sulla fase 3 dell'applicazione della Convenzione anticorruzione Ocse in Italia. In particolare, è stato richiesto al legislatore italiano di operare in modo da evitare che l'applicazione della fattispecie della concussione potesse funzionare quale strumento di possibile esonero da responsabilità per la corruzione internazionale; inoltre, il rapporto 'Greco' ha segnalato la necessità di evitare che la previsione di cui al precedente art. 317 c.p., non conosciuta nelle restanti codificazioni europee, consentisse al corruttore di sfuggire alle sanzioni presentandosi come vittima di concussione”*²⁰⁷.

²⁰⁶ Così ancora in Viganò F. – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

²⁰⁷ Così Garofoli R. – in *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013; e vedi altresì lo stesso Autore che ribadisce come *“(...) nel dettaglio, gli organismi internazionali non hanno chiesto che l'Italia abolisse la fattispecie di concussione, raccomandando solo di evitare che l'esistenza di quella fattispecie si*

Il legislatore penale del 2012, pur accogliendo le pressanti istanze di riforma provenienti da suddette autorevoli sedi internazionali, si dimostra favorevole ad una scelta di tipo compromissorio che depone comunque per il mantenimento nell'ambito della nostra tradizione giuridica, di un delitto di concussione, punito più gravemente rispetto alle sorelle corruzioni. E tuttavia, la nuova fattispecie di concussione emerge per l'introduzione di due principali novità: in primo luogo, la nuova condotta tipica di tipo commissivo resta incentrata sulla sola forma specificatamente costrittiva, con conseguente abolizione dell'alternativa induttiva dal paradigma normativo e suo incasellamento in una nuova norma incriminatrice, rubricata *induzione indebita a dare o promettere utilità*, nel nuovo art. 319quater del codice penale. Inoltre, con una scelta pure assai criticata, ma come vedremo quasi conseguenziale al nuovo incentramento della condotta tipica unicamente sul piano costrittivo, si ha l'espunzione dal novero dei soggetti attivi della figura dell'incaricato di pubblico servizio.

Volendo procedere all'analisi di quest'ultimo aspetto che, a seguito della riforma del 2012, renderà passibile di commettere concussione il solo pubblico ufficiale, si ritiene in questa sede preliminarmente indispensabile un inquadramento storico sulla presenza dell'incaricato di pubblico servizio nel novero dei soggetti attivi della fattispecie tipica. L'affiancamento dell'incaricato di pubblico servizio al pubblico ufficiale tra i soggetti attivi del reato di concussione infatti, non si deve al legislatore del 1930, ma bensì alla riforma del 1990: con tale scelta, il legislatore di quegli anni dimostra anzi di voler abbandonare la vecchia concezione, risalente al codice Rocco, in base alla quale solo il pubblico ufficiale fosse in grado di ingenerare il *metus publicae potestatis*. Con la sua scelta pertanto, il legislatore del 2012 sembrerebbe voler riproporre siffatta risalente concezione, pur criticabile anche nella realtà attuale, se non altro perché l'insussistenza in capo all'incaricato di pubblico servizio di poteri classicamente autoritativi, non può implicare che egli sia incapace di

risolvesse in una troppo agevole scappatoia per il privato corruttore, consentendogli di assumere le finte sembianze della vittima di una condotta prevaricatrice dell'agente pubblico." – in *Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successori*, Diritto Penale Contemporaneo, 03.05.2013

rendersi autore di condotte costrittive nei confronti del privato²⁰⁸. Al riguardo autorevole dottrina, criticando la scelta del legislatore della prima riforma anticorruzione, ha peraltro rilevato come “*d'altra parte, le ragioni sottese alla opzione legislativa in esame, consistenti nella sostenuta inidoneità dell'incaricato di pubblico servizio a cagionare quel metus caratterizzante la concussione, non ha convinto chi (...) ha rimarcato che nel vigore del testo appena abolito la Cassazione*²⁰⁹ *ha sempre affermato che anche l'incaricato di pubblico servizio è pacificamente in grado di porre in essere atti di costrizione sul privato*”²¹⁰, potendo ingenerando in costui il medesimo *metus*.

Oltre a ciò, la precisa scelta della sua eliminazione dal novero dei soggetti attivi, si diceva, avrebbe irragionevolmente comportato che l'eventuale accertata responsabilità di siffatto soggetto per condotta costrittiva nei confronti di un privato, gli sarebbe stata contestabile a solo titolo di estorsione aggravata dalla qualità dell'agente, ex artt. 629 e 61 n. 10 cod pen. A fronte della medesima condotta costrittiva infatti, il solo pubblico ufficiale era passibile di rispondere di concussione, mentre per l'incaricato di pubblico servizio semmai, ricorrendone i presupposti, poteva ricorrersi a diversa responsabilità penale, e in specie ad altra, e più grave sotto il profilo sanzionatorio, norma incriminatrice. Sotto questo specifico profilo, autorevole dottrina rinveniva niente poco di meno che “*una palese violazione dell'art. 3 della Cost*”²¹¹. Non dev'essere peraltro trascurato il piano del diritto intertemporale, essendosi in presenza, nei confronti dell'incaricato di pubblico servizio di una condotta che, seppur commessa, non rileverà più in termini di

²⁰⁸ Così rileva Seminara S. – in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale da Diritto Penale e Processo*, 10/2012.

²⁰⁹ Tra le altre, Corte di Cass. sez. VI pen., sent. 22-01-2003 n. 17902

²¹⁰ Così Garofoli R. – in *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013

²¹¹ [vd. nota precedente] e vedi altresì Garofoli R. per il quale “*la mancata estensione della concussione per costrizione all'incaricato di pubblico servizio lascia perplessi (...) Invero, va segnalata la disparità di trattamento determinatasi, con il rischio di punire con pena anche più elevata l'ipotesi della costrizione posta in essere dall'incaricato di pubblico servizio allorché la si ritenga sussumibile nell'ipotesi di cui agli artt. 629 e 61 n. 10 c.p., con la paradossale applicabilità all'incaricato di pubblico servizio di una pena massima (anni dieci più un terzo) più elevata di quella prevista per lo stesso pubblico ufficiale(...)*” – in *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013; e vedi altresì Dolcini E. e Viganò F. – in *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, Diritto Penale Contemporaneo 27.04.2012.

concussione e quindi “*non appare di semplice soluzione la risposta al quesito se sia punibile (e, in caso positivo, in base a quale norma) per i fatti commessi prima della riforma un incaricato di pubblico servizio che abbia commesso un fatto di concussione mediante costrizione*”²¹². Si vedrà più avanti nel corso della presente trattazione come, con la legge n. 69/2015, il legislatore penale dimostrerà di volersi correggere anche sotto quest’ultimo profilo, anticipando e stroncando in radice non poche e rilevanti questioni interpretative, se non proprio di legittimità costituzionale, e a tal fine reinserendo quindi tra i soggetti attivi del reato di concussione anche l’incaricato di pubblico servizio.

Per quel che riguarda infine la prima e forse più visibile novità strutturale introdotta dalla riforma del 2012, e cioè quella che a detta di autorevole dottrina rappresenta *la novità forse più significativa della riforma*²¹³, ci concentreremo qui sulla *ratio* che ha spinto il legislatore all’amputazione della condotta induttiva dal paradigma normativo della fattispecie di concussione e al suo successivo incasellamento in una nuova ed autonoma fattispecie di reato, di cui all’art. 319quater, che prevede peraltro la punibilità del privato indotto. In buona sostanza se si trattasse dal punto di vista del significante della medesima condotta induttiva, un tempo costituente specifica modalità commissiva del delitto di concussione ex 317abr., ed oggi autonomamente inserita in una nuova fattispecie che succede immediatamente alle fattispecie corruttive, e che di contro prevede la punibilità del privato-indotto, difficile sarebbe giustificare proprio la nuova previsione di una punibilità che, in passato, era in radice esclusa. E tuttavia, a tacere della presenza nella nuova norma anche dell’incaricato di pubblico servizio nel novero dei soggetti attivi – i.p.s. che quindi, si direbbe a detta del legislatore, può solo indurre ma non costringere – “*non può sfuggire all’interprete la pedissequa ripetizione nel comma 1° degli elementi essenziali della concussione, dati dall’abuso della qualità e dei poteri, nonché dalla dazione o promessa indebita, di denaro od altra utilità, ‘a lui o ad un terzo’ (...)*”²¹⁴. Elemento primariamente centrale, e rispetto al quale dunque deve potersi ancorare

²¹² Così sempre Garofoli R. – in *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013

²¹³ Così Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013

²¹⁴ Così Romano M. – in [vd. nota precedente]

l'interpretazione del nuovo significato da attribuire al termine *induzione*, è proprio il comma 2° della norma in esame che, staccando con la tradizione, prevede la punibilità anche del soggetto privato il quale, stavolta indotto, e nient'affatto costretto, dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, abusanti della loro qualità e dei loro poteri, dà o promette *denaro od altra utilità* al soggetto pubblico. Se dunque vi è la previsione della punibilità di un *privato-indotto* ciò significa che di siffatta nuova condotta induttiva, pure riferibile in primis al soggetto pubblico agente, egli deve pur in qualche modo partecipare. In altre parole, non comparando più come semplice vittima di un sopruso, ma bensì come autore necessario compartecipe del reato, ed in quanto tale assoggettato anch'egli a pena (benché in misura inferiore), nell'induzione indebita il privato entra, come vedremo più o meno consapevolmente, a far parte di un vero e proprio accordo, avvicinando così la nuova fattispecie incriminatrice ai tipici reati-accordo a struttura bilaterale, cioè alle corruzioni. Non a caso la fattispecie è stata collocata immediatamente dopo di esse.

Per spiegare l'introduzione di questa nuova norma incriminatrice, pur modellata sugli elementi essenziali della originaria concussione, occorre in primis far riferimento proprio a tutte quelle situazioni, opportunamente oggetto del mirino internazionale, in cui il privato, più che da vittima di un sopruso, si rapporta al soggetto pubblico quale *partner* attivo, *indotto* alla dazione o promessa, sì dall'abuso dell'agente pubblico, ma nella precipua prospettiva che, diversamente comportandosi, non avrebbe la certezza di ottenere un determinato beneficio²¹⁵. Si vede bene pertanto come la nuova condotta induzione sia stata descritta come in grado di ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui il pubblico agente si limita a *sottili minacce, velate allusioni, o condotte di tipo omissivo od ostruzionistico, senza assumere nessuna*

²¹⁵ Si badi bene, in questo caso induzione indebita non equivale propriamente ad induzione in errore: il privato non compare nelle vesti di vittima, e in quanto anzi, parimenti al soggetto pubblico, assoggettato a pena, egli non può dirsi in alcun modo ingannato. A riguardo accogliamo tuttavia la specificazione del Romano M., il quale sottolinea come per la verità, non vi sia "*incompatibilità assoluta tra errore ed induzione indebita, essendo ancora compatibile con quest'ultima un errore del privato, in cui l'abbia tratto il p.u. o i.p.s. (...) purchè soltanto l'errore non gli tolga la consapevolezza che la dazione o promessa cui si risolve, non è dovuta*" – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

*specifica iniziativa qualificabile come violenza psichica*²¹⁶. In altre parole, con la riforma del 2012, il *privato-indotto* diviene libero di scegliere e, ancorchè destinatario di pressioni abusive, e quindi condizionato ed influenzato nel suo giudizio, si decide in maniera parzialmente libera a trattare, ed a trovare con il soggetto pubblico una convergenza di interessi, risolvendosi infine alla promessa o dazione. Di qui la corretta e condivisibile spiegazione del Romano M. sulla ratio della nuova punibilità: “(...) diversamente dal soggetto costretto nella concussione, il privato indotto si postula avere, nella situazione contingente, una o più valide alternative al dare o promettere (...) dunque se a seguito di numerose ed insistenti pressioni del p.u. o dell’i.p.s. egli si risolve alla dazione o promessa, merita a sua volta la pena (...) in quanto libero infatti, egli potrebbe pur sempre rinunciare, ritirarsi e, se del caso, denunciare la condotta del suo interlocutore. La presenza di alternative, gli vale il comando implicito dell’ordinamento di astenersi da qualsiasi dazione o promessa al soggetto pubblico. Se lo viola, è giusta la sua condanna”²¹⁷. Ed è proprio in questo senso che l’ordinamento sembrerebbe ad oggi presumere che se il privato, non costretto ma semplicemente *indotto*, e quindi pur prospettandosi per lui valide e pienamente lecite alternative, pure si risolve infine a dare o a promettere *indebitamente* al soggetto pubblico, denaro od altra utilità, egli deve allora farlo per un proprio personale tornaconto. In altri termini, *pur potendo rinunciare...ritirarsi...e denunciare, il privato ‘si acconcia’, cede, e si risolve infine a dare o a promettere ciò che egli sa non essere dovuto (...) e se lo fa, allora è perché ne ottiene un vantaggio*²¹⁸. E tale vantaggio, prosegue ad argomentare la dottrina in discorso, deve altresì caratterizzarsi per la sua *illegittimità*. Non sarebbe infatti possibile ritenersi integrata un’induzione indebita dinanzi al privato-indotto che, pur cedendo alle *avances* di parte pubblica, tramite la dazione o promessa

²¹⁶ Seminara S. La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale, *Diritto Penale e Processo*, 10/2012; ma vedi *contra* Pagliaro A. e Parodi Giusino M. che, nella vigenza della vecchia fattispecie di concussione, onde contrapporre quella *induzione* a quella *costrizione*, affermavano come pure “*al di fuori della costrizione psichica relativa, non vi è altro mezzo, se non l’inganno, per piegare l’altrui volere ad una condotta, che altrimenti non si sarebbe avuta*” – in *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.

²¹⁷ Così Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

²¹⁸ Così Romano M. - *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013

dell'indebito, miri purtuttavia alla soddisfazione di un suo *interesse legittimo*, rispetto al quale l'ordinamento non potrebbe presumere una sua rinuncia, fondando paradossalmente la punizione del privato *soltanto sulla sua asserita libertà* di percorrere diverse alternative: *se è certo da lodare la tempra morale di chi, dopo aver tollerato suggestioni, allettamenti, velate allusioni ...rinunci ai propri diritti, si ritiri in buon ordine e magari denunci il p.u. (...) pare eccessivo che l'ordinamento sanzioni con la reclusione il suo solo cedimento.*

Occorre tuttavia dar conto di come, autorevole dottrina, abbia pure rinvenuto proprio nell'induzione indebita di cui al nuovo art. 319quater del codice penale, il riempimento di una assai discussa lacuna di tutela che, prima dell'introduzione della fattispecie incriminatrice in discorso, travolgeva tutte quelle situazioni, assai simili a quella appena descritta, che la giurisprudenza ha in passato definito di *concussione ambientale*. A riguardo è stato in particolare sostenuto che, se la *ratio* dell'introduzione del nuovo art. 319quater c.p. risiederebbe proprio nella pregressa necessità, più volte manifestata anche in sede internazionale, di evitare ogni indebito spazio di impunità per il privato che risolvendosi all'indebita dazione o promessa, volontariamente *si adegua*, per il vantaggio che gliene deriverebbe; tale adeguamento deve ritenersi possibile anche rispetto *a prassi di corruzione diffusa in determinati settori*. “*Simili fattispecie, spesso qualificate dalla giurisprudenza in termini di ‘concussione ambientale’ – nelle quali manca una precisa attività costringitiva o induttiva del pubblico funzionario, determinandosi il privato comunque alla dazione o alla promessa di denaro o altra utilità nella convinzione che, altrimenti, non otterrebbe ciò che gli è dovuto – dovrebbero d’ora in poi essere definitivamente sottratte all’area applicativa della concussione di cui al novellato art. 317 c.p. (non essendo certamente ravvisabile nelle stesse alcuna costrizione a danno del privato) ed essere al più sussunte – ammesso che si possa invece ravvisare una qualche forma di “induzione” da parte del pubblico funzionario – nella nuova previsione di cui all’art. 319-quater c.p.: con conseguente punibilità dello stesso privato, sia pure in termini ridotti rispetto a quanto accade nei casi di corruzione*”²¹⁹.

²¹⁹ Garofoli R. – in *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013

5.1. L'induzione indebita nei suoi rapporti con la concussione e le corruzioni. La sentenza Maldera.

A mente delle valutazioni appena effettuate, occorre ora meglio definire l'ambito di operatività di una fattispecie incriminatrice che, pur derivando dalla scomposizione della originaria condotta tipica di concussione (art.317abr.), continua a condividere con quest'ultima i suoi elementi essenziali, senza mancare d'altra parte di avvicinarsi alle corruzioni, posta la predetta punibilità del soggetto privato – *indotto*, in qualità di necessario compartecipe di un fatto di reato, fondamentalmente a struttura bilaterale.

Per la prevalente dottrina le tre fattispecie incriminatrici potrebbero pertanto potenzialmente finire per insistere sul medesimo 'cono applicativo', tanto che per l'applicazione ragionevole di tutte, è stata sottolineata l'imprescindibile necessità di valutare, di volta in volta, dinanzi a condotte men che corrette della parte pubblica, le specifiche circostanze del caso concreto: dalle *modalità delle pressioni* esercitate sul privato, alla loro *intensità*, dalla condizione di maggiore o minore *inferiorità* del privato nei confronti della parte pubblica, e ancor più specificatamente nel contatto e nella relazione con *quel* funzionario, con *quella specifica p.a.*; non ultima della legittimità od illegittimità del vantaggio che il privato mira ad ottenere²²⁰. Per altri autori, "*il confine tra concussione ed indebita induzione di utilità e tra indebita induzione e corruzione*" dovrebbe invece più specificatamente "*passare attraverso una ricostruzione quantitativa dell'effetto prodotto sul privato dall'abuso della qualità o dei poteri*"²²¹ e quindi attraverso la qualità della pressione psicologica su di lui esercitata. E tuttavia la medesima dottrina rileva come pur "*mantenendo tale approccio interpretativo, appare certa solo la configurabilità della concussione dinanzi alla minaccia di un atto contrario ai doveri d'ufficio e dannoso per il privato: fuori da tale ipotesi (...) all'attuale alternativa tra concussione o*

²²⁰ Per il Romano M. così *l'accurato soppesamento* di tutti questi fattori da parte dell'interprete deve costituire la via maestra per garantire la *ragionevole applicazione dell'art. 319 quater*. L'Autore aggiunge che *la riforma del 2012 parrebbe invero additare un restringimento del concetto di costrizione nel nuovo art. 317, così da alleggerire la responsabilità dei pubblici agenti a fronte di una responsabilizzazione dei privati utenti della Pubblica Amministrazione* – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013.

²²¹ Così Seminara S. – in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, Diritto Penale e Processo, 10/2012.

corruzione, si aggiungerebbe l'art. 319 quater, rendendo così ancora più inestricabile l'attuale groviglio normativo”.

Oltre a quelli appena richiamati, numerosi altri criteri si contendevano in dottrina il ruolo di valido *discrimen* tra le fattispecie incriminatrici in discorso, manifestando, sin dai primi mesi dell'entrata in vigore della riforma, il riconoscimento, anche da parte dell'ambito accademico e dottrinario, di una accresciuta difficoltà a fissare una precisa linea di demarcazione tra le quattro fattispecie astratte di concussione (art. 317), induzione indebita (art. 319quater), corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione propria (artt. 318 e 319). Ed infatti, a fronte del medesimo sostrato fattuale rappresentato dal pagamento di un indebito, o dalla sua promessa, ad un pubblico agente, la presenza delle suddette quattro figure criminose avrebbe addirittura moltiplicato i problemi di qualificazione giuridica del fatto²²².

Al riguardo, per tutti, emblematiche le parole del Garofoli che, a pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina anticorruzione, sinteticamente rilevava l'esistenza di *“uno dei problemi più delicati che la riforma sta prospettando (...) quello relativo all'individuazione del criterio di distinzione tra la concussione per costrizione nella quale il privato è vittima e la induzione indebita di cui all'art. 319-quater c.p. nella cui struttura plurisoggettiva il privato è, viceversa, concorrente necessario (...)”*²²³.

Al solito, definire l'ambito della tipicità oggettiva, e dunque la sfera di prescrizione punitiva che consegue all'operatività di una fattispecie incriminatrice, rileva eminentemente sul piano della prassi applicativa. In altre parole, è alla

²²² Così Viganò F. che sottolinea come, in conseguenza a suddetto intervento sulla originaria fattispecie di concussione, *“l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, pressata quest'ultima dall'esigenza di fornire risposte spendibili nei processi in corso, si è sin da subito polarizzata in particolare sul confine tra concussione ed induzione indebita, oggetto nei primi mesi di vigore della legge di un'intensa discussione (...)”* – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015; e vedi altresì Garofoli R. dove definisce la scelta del legislatore penale del 2012 *“foriera di non poche complicazioni stante, a questo punto, la compresenza, nel nostro sistema, di ben tre previsioni delittuose tra loro contigue: concussione per sola costrizione, induzione indebita e corruzione.”* – in [vd. nota successiva].

²²³ Così Garofoli R. – in *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, Diritto Penale Contemporaneo, 03.05.2013

giurisprudenza di legittimità, se non proprio alla funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che occorre, di volta in volta, riferirsi per poter enucleare criteri ermeneutici validi, idonei ad orientare il giudice nell'intricata e quanto mai difficoltosa in tal caso, operazione di sussunzione della fattispecie concreta al paradigma normativo, rifuggendo forzature interpretative od indebite estensioni che possano portare a sottovalutare la nuova previsione di punibilità del privato.

Per quel che riguarda il rapporto intercorrente tra le nuove fattispecie di concussione, unicamente costrittiva (art. 317), e di induzione indebita a dare o a promettere, così come introdotta dal legislatore del 2012 (art. 319 quater), nonché tra quest'ultima e le fattispecie di corruzione di cui agli artt. 318 e ss., particolarmente rilevante ai nostri fini è la pronuncia dell'Ottobre 2013, con la quale le Sezioni Unite²²⁴ della Suprema Corte hanno debitamente provveduto, a meno di un anno dall'entrata in vigore della riforma, a definire i confini applicativi delle fattispecie incriminatrici in discorso. In primo luogo, le Sezioni Unite intervengono dunque a definire, posta la rilevata esistenza di orientamenti discordanti al riguardo presso le sezioni semplici, il rapporto esistente tra la condotta costrittiva di cui all'art. 317 e quella induttiva di cui al nuovo art. 319 quater, senza trascurare le annesse problematiche sul piano della successione nel tempo di norme penali.

Al riguardo occorre preliminarmente rilevare come già l'ordinanza di rimessione al massimo consesso giurisdizionale, avesse denunciato la previa esistenza, presso le sezioni semplici della medesima Corte, di ben tre distinti orientamenti interpretativi *in subiecta materia*.

Per un primo orientamento, il cui avvio si deve alla c.d. sentenza *Nardi*²²⁵, il criterio discrezionale per la definizione dei rispettivi ambiti di operatività delle due fattispecie, sarebbe quello tradizionalmente enucleato dalla giurisprudenza pre-riforma riguardo alla pregressa unitaria condotta tipica di concussione, contemplante le due modalità alternative della costrizione o induzione, ed incentrato specificatamente sulla *intensità della pressione prevaricatrice*. Pertanto, a fronte di una pressione intensa e

²²⁴ Ci riferiamo a Cass. pen. **SS. UU. sent. 24-10-2013, n. 12228 (Maldera)**

²²⁵ Corte di Cass. sez. VI pen., sent. 04-12-2012 n. 8695 (Nardi)

perentoria, tale da limitare in senso assoluto la libertà di determinazione del soggetto, corrisponderebbe la condotta costringitiva della nuova concussione di cui all'art. 317 del codice penale. Di converso, a fronte di una *più blanda persuasione, suggestione o pressione morale*, e tale pertanto da condizionare solo parzialmente la libertà di determinazione del privato, corrisponderebbe la condotta tipica dell'induzione che ha sede nella fattispecie di nuovo conio di cui all'art. 319 quater. In questo senso, si proseguiva, in uno con la dottrina prevalente già analizzata, la punibilità del privato per induzione indebita si giustificerebbe proprio per la presenza in capo a quest'ultimo di un, seppur limitato, *marginale di scelta*, che tuttavia il privato sceglie di non esercitare, 'acconciandosi' per dirla con il Romano, alle richieste del soggetto pubblico. Il privato viene pertanto considerato meritevole di pena per non avere resistito a dette richieste.

Per un secondo orientamento, che prende avvio con la sentenza *Roscia*²²⁶, il *discrimen* tra le due ipotesi delittuose dovrebbe più specificatamente incentrarsi sulla natura dell'*oggetto della prospettazione* del privato: ove esso corrisponda ad un danno ingiusto e *contra ius*, sarà configurabile un'ipotesi di concussione; indebita induzione ove invece la medesima prospettazione avesse ad oggetto un danno *legittimo* per il privato, in quanto *secundum ius*. Inoltre, ad ulteriore supporto della tesi propugnata dall'orientamento in commento, i giudici della Sesta Sezione agganciavano alla natura della prospettazione, la diversa disciplina legale in punto di trattamento sanzionatorio: pena più severa per l'agente pubblico che nella concussione prospetta un danno ingiusto, e pena meno severa nell'induzione indebita dove lo stesso pubblico agente si limiterebbe invece a prospettare al privato una conseguenza, per quest'ultimo sfavorevole, ma derivante direttamente dall'applicazione della legge. Ergo, e ancora, punibilità del privato per induzione indebita, poiché egli in questo caso agisce, aderendo alle richieste di parte pubblica, nell'intento di sottrarsi ad un danno pur giusto.

Infine, nell'ordinanza di rimessione si da conto di un terzo orientamento, inaugurato con la sentenza *Melfi*²²⁷ della Sesta Sezione, con il quale i giudici della Cassazione

²²⁶ Corte di Cass., sez. VI pen. sent. 03-12-2012 n. 3251 (Roscia)

²²⁷ Corte di Cass., sez. VI pen, sent. 11-02-2013 n. 11794 (Melfi)

aderivano infine ad una posizione interpretativa intermedia. Il criterio discretivo tra le due fattispecie incriminatrici veniva rinvenuto in questo caso *in primis* nella diversa intensità della pressione psicologica esercitata sul privato. Nei casi dubbi, avrebbe dovuto comunque trovare applicazione, ed in funzione complementare al primo criterio, quello della natura del vantaggio che il privato miri ad ottenere, se di evitare un danno ingiusto (concussione, ex art. 317) ovvero di ottenere un indebito tornaconto personale dall'aderenza alle richieste del pubblico ufficiale (induzione indebita, ex art. 319 quater).

Le Sezioni Unite, dinanzi al quesito di diritto “*quale sia, a seguito della legge 6 novembre 2012, n. 190, la linea di demarcazione tra la fattispecie di concussione e quella di induzione indebita, di cui al nuovo art. 319 quater cod. pen.*”, annunciano preliminarmente di non aderire a nessuno dei predetti orientamenti che, pur ritenuti generalmente condivisibili, non vengono tuttavia ritenuti *autosufficienti* dalle Sezioni Unite, e quindi nemmeno idonei, *se isolatamente considerati a fornire un sicuro criterio discretivo*. Ed infatti, il criterio della intensità della pressione psichica, propugnato dal primo orientamento, a detta della Corte, *non coglie i reali profili contenutistici* delle condotte tipiche delle due fattispecie, finendo per affidare la determinazione del loro confine applicativo, unicamente e assai rischiosamente *all'esito di un'indagine psicologica dagli esiti improbabili, che possono condurre ad una deriva di arbitrarietà*. D'altro canto, il criterio della natura del danno prospettato al privato, proseguono i giudici delle Sezioni Unite, pur nel buon intento di pervenire ad *indici di valutazione oggettivi*, incontrerebbe il limite della *radicale nettezza argomentativa*, ponendo così in secondo piano l'imprescindibile esigenza di calibrare l'effettivo disvalore di una medesima condotta, in presenza di *situazioni ambigue che lo scenario della illecita locupletazione da abuso pubblicistico frequentemente evidenzia*. Infine, l'ultimo orientamento, di incontro rispetto ai due precedenti, implicando la combinazione dei medesimi criteri, non farebbe che riprospettare i medesimi profili di criticità, già insiti ai due criteri singolarmente considerati.

Pertanto le Sezioni Unite manifestano la necessità di doversi pervenire a *parametri di valutazione per quanto possibile più nitidi*. A tal fine, occorrerebbe in primo luogo, valorizzare la *ratio* della riforma del 2012. In particolare, a della delle Sezioni Unite,

il legislatore italiano, rispondendo in tal senso ad un preciso obbligo di attuazione legislativa rispetto ad alcuni vincoli già presi in sede internazionale, avrebbe inteso, attraverso la destrutturazione della concussione e la parallela autonoma creazione della fattispecie di induzione indebita, *chiudere ogni possibile spazio d'impunità al privato, non costretto ma semplicemente indotto* al pagamento di una tangente²²⁸. Il privato-indotto all'indebita dazione o promessa non comparirebbe più nelle vesti di vittima, bensì in quelle di concorrente necessario del nuovo reato di induzione indebita. In tal senso, la conseguente limitazione della concussione alla sola modalità commissiva della costrizione costituirebbe la tangibile conseguenza di suddetto *cambio d'abito* del soggetto privato, e sarebbe peraltro coerente con la natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 317 cod. pen., dove il bene giuridico tutelato avrebbe ad un tempo natura istituzionale ed individuale²²⁹. La nuova fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319quater, nella quale il privato-indotto compare nelle vesti di coautore, avrebbe invece natura monoffensiva, volta com'è a presidiare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), e si svilupperebbe pertanto *in una dimensione esclusivamente pubblicistica*: a fronte dell'induzione proveniente dal pubblico agente, il privato non subisce propriamente la lesione di un bene giuridico di cui l'ordinamento gli riconosce la titolarità, ma concorre nell'offesa ad un bene giuridico a rilevanza pubblicistica, e perciò egli ne risponde penalmente in uno con il pubblico ufficiale.

In motivazione, le Sezioni Unite, nel solco di quanto già rilevato da autorevole dottrina, affermano che la nuova fattispecie incriminatrice di induzione indebita prevista nell'art. 319 quater, non rappresenterebbe un'ipotesi minore di concussione, e non si porrebbe pertanto in linea di continuità normativa con la previgente condotta induttiva, originariamente ricompresa nell'art. 317. La norma di nuovo conio graviterebbe piuttosto *nell'orbita delle fattispecie di corruzione*, come peraltro confermerebbe la sua collocazione sistemica in un articolo subito successivo a dette

²²⁸ Più in particolare per le Sezioni Unite, deporrebbero in tal senso gli stessi *Lavori preparatori* al testo legislativo, nell'ambito dei quali vengono altresì citati alcuni interventi in Parlamento dell'allora Ministro della Giustizia Paola Severino.

²²⁹ E nella natura individuale del bene giuridico tutelato la Corte ricomprende sia la libertà di determinazione del privato che si rapporta al potere pubblico, sia il suo patrimonio.

fattispecie, e ne condividerebbe in particolare la *natura negoziale* di *reato-accordo*, a struttura bilateralmente illecita.

A seguito di dette specificazioni, le Sezioni Unite si concentrano quindi, nella parte centrale della motivazione, sulla problematica questione relativa all'individuazione di un valido criterio discrezionale, idoneo a definire i confini delle due fattispecie di concussione ed induzione indebita. Per pervenire a tale risultato ermeneutico, i giudici definiscono preliminarmente gli elementi comuni, ed in seguito gli elementi differenziali, sussistenti tra le due fattispecie normative. Per quanto riguarda gli elementi comuni essi vengono rinvenuti da un lato nella presenza di una *dazione o promessa*, aventi entrambe ad oggetto l'*indebito*, dall'altro nell'*abuso*²³⁰ della *qualità o dei poteri* dell'agente pubblico, quest'ultimo identificandosi in particolare in una *strumentalizzazione dei poteri e delle qualità per il perseguimento di fini illeciti*, e quindi come *deviazione da un esercizio legittimo* della funzione. Passando quindi alla disamina degli elementi differenziali, le Sezioni Unite sottolineano anzitutto la presenza dell'incaricato di pubblico servizio nel novero dei soli soggetti attivi dell'induzione indebita, a seguito dell'espunzione della stessa figura dalla fattispecie tipica di concussione. Tuttavia l'elemento differenziale più importante viene rinvenuto proprio nella *natura della condotta tipica*, o meglio nella natura della modalità commissiva della stessa, parlandosi nell'un caso di *costrizione* (ex art. 317) nell'altro di *induzione* (ex art. 319 quater). L'individuazione di un preciso criterio discrezionale tra le due fattispecie, risiede dunque a ben guardare proprio nella linea di confine esistente tra le due condotte tipiche.

A riguardo, se storicamente la costrizione è stata associata ad una coazione violenta di tipo fisico o morale, l'induzione veniva soprattutto in rilievo originariamente come induzione in errore, e quindi come conseguenza di un inganno²³¹. Con il tempo

²³⁰ N.d.r. Più in particolare l'abuso, a detta delle Sezioni Unite, non costituirebbe un presupposto del reato ma bensì un elemento essenziale della condotta tipica, costrittiva (art. 317) od induttiva (319 quater), in quanto *mezzo imprescindibile per ottenere la dazione o la promessa* da parte del privato. In forza del *gerundio 'abusando'* si argomenta, tale elemento è destinato a fondersi inscindibilmente con la condotta tipica, costrittiva nella concussione ed induttiva nell'induzione indebita.

²³¹ N.d.r. Si è già avuto modo di rilevare nella prima parte della presente trattazione come, nell'originario codice penale Zanardelli (1889) accanto ad una concussione costrittiva (*aut vi*) fosse presente una concussione induttiva (*aut fraude*). L'affiancamento delle due

tuttavia, specie a seguito dell'unificazione delle due originarie fattispecie codicistiche di concussione in un'unica fattispecie incriminatrice a condotte alternative, che prevede tuttavia la loro parificazione *quoad poena*, suddetta connotazione fraudolenta, o per meglio dire ingannatoria, tradizionalmente attribuita alla condotta induttiva, finisce per affievolirsi a fronte dell'emersione di un orientamento giurisprudenziale che inizia ad interpretare l'induzione come *minore quantità di pressione psichica*: conseguentemente, se a seguito della condotta costrittiva, si diceva, il concusso *voluit quia coactus*, a seguito della condotta induttiva, lo stesso soggetto, *voluit tamen coactus*. Simili approdi interpretativi tuttavia sarebbero inidonei, a detta delle Sezioni Unite, a definire e differenziare le due condotte tipiche presenti rispettivamente nell'attuale concussione per costrizione (art. 317) e nella nuova fattispecie di induzione indebita (art. 319 quater), posto che la loro originaria enucleazione da parte della giurisprudenza veniva primariamente finalizzata alla specifica commisurazione, rispetto al caso concreto, di una pena pur unitariamente prevista in un'unica fattispecie incriminatrice. In altre parole, a seguito del distacco della *condotta induttiva* dalla formulazione originaria della fattispecie di concussione, e del suo conseguente ricollocamento nell'ambito di una nuova ed autonoma fattispecie incriminatrice di *induzione indebita*, di cui all'art. 319 quater, le due condotte di *costrizione* ed *induzione*, a detta delle Sezioni Unite, lungi dal porsi in rapporto di mera alternatività commissiva nell'ambito di un'unica fattispecie tipica, rileverebbero significativamente ben tre diversi *profili differenziali*: il diverso ruolo del privato, vittima a fronte della costrizione, correo nella condotta induttiva; il trattamento sanzionatorio dell'agente pubblico, più grave nel caso della concussione; ed infine la diversità dei beni giuridici tutelati, plurimi nel solo caso della concussione che accanto ad interessi tradizionalmente pubblicistici, mira a tutelare anche interessi di natura individuale.

Le Sezioni Unite giungono quindi a definire i caratteri specifici delle due condotte. In particolare, per quel che riguarda la *condotta costrittiva* della concussione, la sua implicita modalità d'estrinsecazione andrebbe rinvenuta nella *minaccia*, la quale, argomentano sempre i giudici della Suprema Corte, *presuppone sempre una vittima*,

condotte all'interno di un'unica fattispecie incriminatrice di concussione, si deve infatti più precisamente al codice Rocco del 1930.

e permette in ultimo *la realizzazione dell'evento costringitivo* sulla sua volontà²³². Inoltre, onde rifuggire dal rischio di interpretazioni troppo estensive del concetto di minaccia, elusive peraltro del principio di tipicità, le Sezioni Unite precisano, richiamando gli asserti di autorevole dottrina²³³, che *la prospettazione minacciosa ha sempre ad oggetto un male o danno ingiusto*. In tal senso il soggetto-concusso, vittima di un sopruso, si ritroverebbe *costretto ad agire*, in assenza di una percorribile valida alternativa, *non per conseguire un vantaggio, ma per evitare un danno*. Conclusivamente viene quindi affermato che *il criterio discretivo tra il concetto di costrizione e quello di induzione (...) deve essere ricercato nella dicotomia minaccia – non minaccia, che è l'altro lato della medaglia rispetto alla dicotomia costrizione – induzione, evincibile dal dato normativo*. Nel ragionamento delle Sezioni Unite, la condotta di induzione diviene pertanto e anzitutto oggetto di una definizione in negativo, come effetto di una condotta in assenza di minaccia. Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina in sede di primo commento alla pronuncia che stiamo analizzando, il medesimo concetto di induzione viene altresì descritto in positivo dai giudici delle Sezioni Unite, ma *“nel tentativo di far salvo il principio di determinatezza/precisione della legge penale”*, e riempito perciò *“di caratterizzazioni modali”*, assegnando così al relativo concetto *“una funzione di selettività residuale rispetto al verbo ‘costringere’ presente nell’art. 317 cod. pen.”*²³⁴. Suddette caratterizzazioni modali in particolare vengono identificate nella *persuasione*, nella *suggestione*, nell'*allusione*, e financo nel *silenzio* o nell'*inganno*, purché quest'ultimo, si precisa, non attenga al carattere indebito di quanto dato o promesso: in tutti questi casi deve potersi rinvenire una *precisa funzionalizzazione a carpire la complicità del privato, attraverso la prospettazione di un vantaggio indebito*. Secondo le Sezioni Unite, più in generale, sarebbe infatti proprio l'elemento della punibilità del privato-indotto a costituire il perno per la compiuta

²³² Nel fornire una nozione unitaria di minaccia, le Sezioni Unite precisano che essa si identifica in una *forma di sopraffazione prepotente, aggressiva ed intollerabile socialmente* che finisce per incidere sull'altrui *integrità psichica e libertà di autodeterminazione*. Così anche Gatta G.L. – in *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.

²³³ Ci riferiamo sempre alla monografia di Gatta G.L., ampiamente richiamata dalla pronuncia in commento – in [vd. nota precedente].

²³⁴ Così ancora Gatta G.L. – in *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione ed induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*, Diritto Penale Contemporaneo, 17.03.2014

definizione del concetto di induzione²³⁵, la quale andrebbe quindi genericamente intesa come *alterazione del processo volitivo altrui, che, pur condizionato da un rapporto comunicativo non paritario, conserva, rispetto alla costrizione, più ampi margini discrezionali, che l'ordinamento impone di attivare per resistere alle indebite pressioni del pubblico agente e per non concorrere con costui nella conseguente lesione di interessi facenti capo alla p.a..* E così, la presenza della prospettazione di un vantaggio indebito, rappresenta l'essenza della condotta induttiva, contribuendo a giustificare la punibilità dell'indotto, specie alla luce del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 della Costituzione.

Conclusivamente, le Sezioni Unite pervengono alla identificazione degli elementi costitutivi e discretivi delle due condotte, rispettivamente costrittiva ed induttiva, nella *prospettazione*, di un *danno ingiusto attraverso minaccia* (art. 317) ovvero di un *indebito vantaggio*, attraverso persuasione, allusione, silenzio od inganno (art. 319 quater). Nello specifico si tratta di elementi che *il giudice deve apprezzare con approccio oggettivistico*, pur senza trascurare la sfera soggettiva e volitiva del privato. La sentenza appena analizzata si spinge tuttavia fino a considerare le situazioni più ambigue, ovverosia quelle in cui siffatto criterio discretivo, che contrappone la minaccia di un danno ingiusto alla prospettazione di un vantaggio indebito, non dovesse risultare determinante, ben potendo essere possibile, ad esempio, la compresenza di danno ingiusto ed indebito vantaggio. In tali casi, a detta delle Sezioni Unite, che procedono altresì ad elencare una serie più ampia di casi c.d. *borderline*, il giudice dovrà effettuare un'attenta ricostruzione del fatto, onde coglierne il *dato di maggiore significatività* e quindi se nella scelta del privato di dare o promettere l'indebito, abbia in ultimo prevalso *più la prospettiva di ottenere un vantaggio ingiusto piuttosto che quella di evitare un ingiusto danno*.

Nella parte finale della sentenza, le Sezioni Unite affrontano infine la questione degli effetti della riforma del 2012, sotto il profilo del diritto intertemporale. In particolare, questa la questione affrontata dalla Corte: la riforma del delitto di concussione ha comportato o meno una parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti di induzione,

²³⁵ Così nella pronuncia in commento: *“la punibilità del privato è il vero indice rivelatore del significato dell'induzione”* – Cass. pen. SS. UU. sent. 24-10-2013 n. 12228

espunti dal legislatore dall'originaria formulazione dell'art. 317 del codice penale?²³⁶ La Cassazione risponde al quesito con soluzione negativa: non vi è alcuna *abolitio criminis*, in quanto il legislatore del 2012, intervenendo sulla concussione, si sarebbe inserito in una *successione di leggi meramente modificative* della disciplina di fatti che pure continuano ad essere previsti dalla legge come reato. Pertanto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 comma 4 del codice penale, e con salvezza dei giudicati, in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, e tuttavia ancora *sub iudice*, dovrà trovare applicazione la disciplina più favorevole al reo.

Ultima questione affrontata dalle Sezioni Unite nella sentenza in esame, principalmente attinente all'individuazione di un valido criterio discrezionale che possa definire i rispettivi ambiti di operatività delle fattispecie di concussione e di induzione indebita, è tuttavia proprio l'accostamento di quest'ultima fattispecie incriminatrice alla *famiglia delle corruzioni*, rispetto alle quali essa si colloca in termini di contiguità non solo per la collocazione codicistica, ma anche sotto il profilo della disciplina sostanziale: una per tutte, la previsione di cui al comma 2 dell'art. 319 quater, sulla punibilità del privato indotto²³⁷. Per i giudici della Suprema Corte tuttavia, l'*elemento differenziatore* tra le fattispecie in discorso risiederebbe *nella presenza o meno di una soggezione psicologica dell'extraneus nei confronti del soggetto intraneus*. In questo senso, si prosegue, solo nell'induzione indebita il

²³⁶Il problema della disciplina successoria applicabile, era già emerso nella dottrina antecedente alla sentenza Maldera: “*si è dovuto chiarire se, a seguito della entrata in vigore della novella del 2012, sia ipotizzabile una abolitio criminis con riferimento alla vecchia ipotesi di concussione per induzione, ovvero sia ravvisabile una mera successione di leggi penali nel tempo, essendo riconoscibile una continuità di tipo di illecito tra il precedente reato di concussione per induzione ed il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319-quater c.p.*” così Garofoli R – in [vd. nota successiva].

²³⁷ E per la tesi della contiguità tra induzione indebita, art. 319quater, e le fattispecie di corruzione, si era già espressa, prima della sentenza in commento, autorevole dottrina definendo l'induzione indebita, “*in una posizione più prossima alle corruzioni, configurandosi come una corruzione mitigata dalla induzione più che, semplicemente, come una concussione attenuata, la prima impostazione spiegando, in un sistema saldamente improntato al principio di personalità della responsabilità penale, la introdotta punibilità del privato*” così Garofoli R. che a conforto di tale assunto precisa due elementi: “*da un lato, la collocazione topografica in calce ai delitti di corruzione (artt. 318, 319, 319 e 319-ter c.p.) e la punibilità del soggetto privato indotto; dall'altro, l'entità più ridotta della pena prevista per quest'ultimo (reclusione fino a tre anni) rispetto alla pena, ben più grave, prevista per il corruttore (da quattro ad otto anni nella nuova formulazione)*” – in *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, Diritto Penale Contemporaneo, 03.05.2013

processo volitivo del privato-indotto subirebbe una parziale pressione psichica, venendo deviato dall'abuso del soggetto pubblico il quale, a sua volta, prende l'iniziativa e convince il privato alla dazione o promessa dell'indebito. Invero, l'*abuso* non è totalmente estraneo alle fattispecie corruttive, quantomeno se esso viene inteso come *connotazione di risultato*; di converso nell'induzione indebita, l'abuso costituisce lo *strumento indefettibile per ottenere, con efficienza causale, la prestazione indebita*. Per quel che riguarda poi la difficile distinzione tra *istigazione alla corruzione attiva e tentata induzione indebita*, le Sezioni Unite sottolineano l'utile portata discretiva del verbo *sollecitare* presente all'interno della fattispecie di istigazione: così la sollecitazione presenterebbe un *quid minus* rispetto alla condotta induttiva, la quale ultima verrebbe invece a caratterizzarsi per il *carattere perentorio ed ultimativo della richiesta*, nonché per *la natura reiterata ed insistente* della medesima. In generale, rispetto a questa definizione dei rapporti tra induzione indebita e corruzioni da parte delle Sezioni Unite, autorevole dottrina ha rilevato come, sotto quest'ultimo e specifico profilo, la scelta operata dalla Cassazione sia stata in buona sostanza quella di "*confermare in toto la precedente giurisprudenza in materia di distinzione tra concussione e corruzione, facente leva sulla situazione di soggezione psicologica del privato rispetto al pubblico agente, che manterrebbe ora la sua rilevanza quale criterio di distinzione tra induzione e corruzione*"²³⁸. Ed è infatti sulla base di tale tradizionale criterio che il caso di specie, sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, viene ricondotto all'alveo dell'induzione indebita, e non in quello della corruzione: la condotta degli imputati era in particolare consistita nel farsi corrispondere, abusando della propria qualità di ispettori del lavoro, alcuni compensi dagli imprenditori sottoposti ad ispezione, in cambio dell'impegno verso questi ultimi ad evitare loro la futura irrogazione di sanzioni derivanti da illeciti, pure effettivamente commessi.

Trascorso qualche anno dalla pronuncia appena commentata, proveremo ora ad analizzarne la portata innovativa ed i risvolti interpretativi inevitabilmente dispiegatisi a seguito della sentenza delle Sezioni Unite sulla giurisprudenza

²³⁸ Così Viganò F – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015

successiva, concentrandoci dunque complessivamente sulla reazione che, nel diritto vivente, ha innescato la statuizione in discorso. Preliminarmente occorre tuttavia dar conto del fatto che, la sentenza Maldera, pur nell’auspicato intento di fornire approdi interpretativi definitivi su una assai dibattuta questione interpretativa, non venne accolta con grande entusiasmo in ambito dottrinario²³⁹. Al riguardo ancora emblematiche le rilevazioni sui risvolti pratici in termini di repressione, svolte da autorevole dottrina che – senza trascurare la matrice internazionale della riforma, derivante dagli obblighi di attuazione legislativa dei vincoli internazionali cui il legislatore italiano del 2012 pure ha inteso opportunamente rispondere – ha significativamente rilevato come l’esito finale dell’applicazione pratica di suddetti criteri discretivi enucleati dalle Sezioni Unite, potrebbe in realtà consistere nella qualificazione giuridica in termini di induzione indebita, di fatti che *“in qualsiasi altro ordinamento contemporaneo sarebbero considerati inequivocabilmente come altrettante ipotesi di corruzione”*, e ciò attraverso la valorizzazione per l’appunto di suddetto criterio della *“soggezione psicologica del privato rispetto al pubblico agente (...) con conseguente assoggettamento del privato ad una sanzione assai lieve (il minimo edittale, si rammenti, è pari a soli 15 giorni di reclusione)”*; sanzione destinata in più ad essere *“con ogni probabilità travolta da una prescrizione che, per il privato, decorrerà ancora nel termine di sette anni e mezzo dalla data di commissione del fatto (...)”*²⁴⁰. Per la medesima dottrina, tali fattori continueranno quindi *fatalmente* a favorire *l’utilizzo strumentale dell’imputazione* per induzione indebita, anziché come in passato per concussione, da parte delle procure italiane, e ciò all’evidente scopo di assicurarsi la collaborazione processuale del privato contro il pubblico ufficiale, essendo egli sottoposto ad una pena comunque inferiore da

²³⁹ Si esprime, tra gli altri, assai criticamente sulla difficoltà logica di conciliare il criterio della *‘prevalenza del vantaggio’* cui mira il privato, individuato dalle Sezioni Unite come idoneo a distinguere tra induzione indebita e concussione, con quello della *‘soggezione psicologica’*, in cui il privato dovrebbe comunque versare rispetto al pubblico agente, affinché possa dirsi sussistente induzione indebita e non corruzione, Bartoli R. – in *Le Sezioni Unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, su *Giurisprudenza italiana*, 05.2014

²⁴⁰ Così si esprime criticamente verso la sentenza Maldera delle SS.UU., anche in materia di risvolti pratici sulla decorrenza della prescrizione, e comunque prima delle modifiche sulla disciplina sostanziale operate dalla riforma Orlando del 2017, Viganò F. – in *I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.01.2015

quella che gli deriverebbe dall'accertamento di una responsabilità per fatti di corruzione, ex art. 321 del codice penale. Il risultato pratico in termini di repressione sta dunque nel paradossale riproporsi dei medesimi profili di imprevedibilità delle singole vicende giudiziarie – peraltro già sottolineati nella prima parte della presente trattazione come uno dei profili più problematici della previgente disciplina anticorruzione – inevitabilmente dipendenti anche dalla possibilità concreta della riqualificazione giuridica del fatto in contestazione, direttamente in corso di svolgimento della vicenda processuale ²⁴¹.

5.2. La giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera nel discrimen tra concussione e induzione indebita.

Volendo ora concentrarci sulla giurisprudenza successiva alla sentenza *Maldera* delle Sezioni Unite, proveremo a vagliarne la tenuta interpretativa, e quindi gli eventuali e più recenti orientamenti della Suprema Corte che di fatto hanno inteso discostarsene. Crediamo infatti che l'innovativa portata euristica della sentenza dell'Ottobre del 2013, nella quale le Sezioni Unite hanno opportunamente enucleato un valido parametro discrezionale in grado di adattarsi alla poliedricità della distinzione concreta tra le fattispecie di induzione indebita, concussione e corruzione, non possa sottrarsi ad un vaglio di conformità rispetto alla giurisprudenza più recente, senza scontrarsi con il carattere isolato che finirebbe inevitabilmente per contraddistinguerla.

In altre parole, che tipo di applicazione ha fatto sinora la giurisprudenza di suddetto criterio discrezionale? A ben guardare, è proprio nella elastica adattabilità di suddetto criterio alla varietà delle situazioni concrete, che da più parti è stata rinvenuta

²⁴¹ Ed in merito a quest'ultimo profilo, si veda ancora Viganò F. dove l'autore, criticando a monte le scelte di politica legislativa compiute dalla riforma, afferma come il legislatore penale del 2012 abbia altresì mirato ad *“evitare di travolgere le indagini ed i processi già in corso per fatti qualificabili come concussione ai sensi della previgente disciplina - tra i quali, inutile nascondere, uno dei processi a carico dell'ex Presidente del Consiglio dei ministri Berlusconi, che ha pesato come un macigno in tutta la fase di gestazione della riforma - e che pure si sarebbero dovuti concludere con una declaratoria di abolitio criminis qualora il delitto di concussione fosse stato semplicemente espunto dall'ordinamento italiano.”* – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015

*“un’applicazione eccessivamente discrezionale e difforme dalle norme, pena il sacrificio del principio di legalità e di prevedibilità della decisione giudiziale”*²⁴².

Dall’analisi dell’abbondante giurisprudenza di merito intervenuta negli ultimi anni in *subiecta materia* non sempre emerge in effetti una rispettosa conformità verso i principi forniti dalla Corte di Cassazione. Sulla reale portata nomofilattica della sentenza *Maldera* non sono mancati i giudizi negativi che vi hanno individuato non solo il *“tradimento delle prevalenti aspettative dell’interprete”*, ma altresì nell’eccessiva discrezionalità della decisione della Cassazione, una sorta di legittimazione all’ *“applicazione difforme delle norme”*²⁴³.

Per quanto riguarda in particolare la distinzione tra concussione ed induzione indebita, non sono mancate nella giurisprudenza di merito successive palesi adesioni ai criteri antecedenti alla sentenza *Maldera*, quand’anche essi fossero stati singolarmente oggetto, come già ribadito, di uno specifico giudizio di inidoneità e non autosufficienza dalla parte delle Sezioni Unite penali. Tra tutti, prevalente è il criterio della differente pressione psicologica sul privato, dove la nuova fattispecie concussiva, di cui all’art. 317 del codice penale, ha avuto modo di trovare applicazione ad esempio in presenza di *“un sopruso impeditivo di vie d’uscita”*²⁴⁴ ovvero ancora di un *“comportamento del pubblico ufficiale che agisce con modalità o forme a tal punto pressanti da non lasciare margine alla libertà di autodeterminazione del destinatario della pretesa illecita”*²⁴⁵. Ancora, e sempre in

²⁴² Così Collica M.T. – in *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017.

²⁴³ Particolarmente critico verso gli assunti interpretativi propugnati dalle Sezioni Unite nella sentenza *Maldera*, si esprime Bartolucci M. – in *“I conti della serva”*. *Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs induzione indebita*, Le Società N. 8/9, 2016.

²⁴⁴ Così in Trib. Milano, sez. IV, sent. 24.06.2013 n. 7927 (Ruby – Berlusconi).

²⁴⁵ Così ad esempio in Cass., sez. II pen., sent. 5.05.2015, n. 23019 (Adamo), nel caso di un Presidente di Provincia che avrebbe indotto, abusando delle funzioni, il responsabile dei servizi sociali dello stesso ente a sospendere i pagamenti delle rette degli studenti ospiti in un convitto educativo, col fine, poi ottenuto, di spingere il direttore del centro alle dimissioni e alla nomina al suo posto di una persona politicamente *“vicina”*: la Corte di Cassazione ha avuto modo di aggiungere che elemento qualificante l’induzione indebita è altresì la presenza di un vantaggio indebito, ma non ha riconosciuto in questa vicenda gli estremi indicati per la configurazione della concussione, né dell’induzione indebita, ed ha invece qualificato il delitto come abuso d’ufficio, ex art. 323 c.p., annullando senza rinvio la sentenza impugnata perché nel frattempo il reato si era estinto per prescrizione.

applicazione del criterio discrezionale della pressione psicologica sul soggetto privato, si è insistito sul carattere invincibile di siffatta pressione, ai fini della corretta configurabilità della fattispecie di concussione, tale da porre il soggetto passivo “*con le spalle al muro*”²⁴⁶.

In altre pronunce si è di converso prediletto il criterio incentrato sulla natura del danno prospettato, *contra ius* o *secundum ius*²⁴⁷, riassegnando così nuova linfa interpretativa agli assunti euristici enucleati dalla Sesta Sezione della Suprema Corte nella già citata sentenza *Roscia* del Dicembre del 2012.

In generale, e a tacere di summenzionate resipiscenze interpretative, l’orientamento maggioritario in tema di distinzione tra fattispecie di concussione (art.317) e delitto di induzione indebita (art. 319quater), ha tuttavia dimostrato di volersi conformare allo schema principale del criterio discrezionale unico della minaccia-non minaccia e del danno-vantaggio, entrambi ingiusti, enucleato dalle Sezioni Unite nella sentenza *Maldera*. Così nel caso di un medico necroscopo convenzionato con l’ASL, che aveva chiesto ai familiari di un defunto denaro, in realtà indebito, ai fini dell’asportazione di un pace-maker dal cadavere. Il Tribunale aveva condannato il

Analogamente si veda Cass., sez. VI pen., sent. 04.11.2015, n. 1331; e ancora Cass., sez. VI pen., sent.10.03.2015, n. 22526 che insistono entrambe sull’assenza della pressione psicologica sul soggetto passivo per negare il delitto di cui all’art. 319 quater c.p.

²⁴⁶ Ci riferiamo a Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 28.04.2016, n. 17684 che ha riconosciuto il tentativo di concussione per un funzionario ispettivo della Direzione territoriale del lavoro, il quale aveva presentato ad un imprenditore un proprio conoscente per effettuare un’attività di consulenza all’impresa e chiesto somme di denaro e altre utilità, sì da evitare di irrogare lui una sanzione esorbitante e arbitraria di fronte ad alcune irregolarità contestate. L’ingiustizia del male minacciato, le ripetute pressioni con cui le richieste sono state esercitate e l’assenza di vantaggi per i privati hanno fatto propendere i giudici di legittimità per la contestazione della concussione, benché nella forma tentata a causa della denuncia del privato.

²⁴⁷ In tal senso si veda Cass., sez. VII pen., ordinanza, 12 novembre 2014, n. 50482, per la quale l’elemento che differenzia le nozioni di induzione e costrizione non andrebbe individuato nella maggiore o minore intensità della pressione psicologica esercitata sul soggetto privato dall’agente pubblico, bensì nella tipologia del danno prospettato, ingiusto nel delitto di cui all’art. 317 e conforme alle previsioni normative in quello, di nuovo conio, di induzione indebita di cui all’art. 319 quater c.p. Seguendo questo principio, la Corte ha giudicato immune da vizi la decisione impugnata che aveva riconosciuto il delitto di concussione in relazione alla condotta del direttore generale di un’agenzia territoriale di edilizia residenziale, il quale aveva richiesto ed ottenuto da alcuni imprenditori, legati da rapporti contrattuali con la predetta agenzia, versamenti di somme di denaro e acquisti di quadri, a prezzi maggiorati, presso la galleria d’arte gestita dalla moglie, con la minaccia, in caso contrario, di interrompere detti rapporti contrattuali o di ritardare i dovuti pagamenti.

pubblico ufficiale per concussione (art. 317abr.), mentre in secondo grado, a riforma avvenuta, la condotta era stata debitamente riqualficata come induzione indebita (art. 319quater). L'imputato presentava quindi ricorso in Cassazione, in quanto, a dire della difesa, i fatti avrebbero dovuto sussumersi semmai nella fattispecie normativa della truffa, posto che i parenti erano stati effettivamente indotti in errore circa la doverosità del pagamento indebito richiesto dal medico. La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, non riconoscendo nel caso di specie i requisiti necessari per la configurazione dell'art. 319 quater c.p. indicati dalle Sezioni Unite nella sentenza *Maldera*, espressamente richiamata: in particolare, oltre alla consapevolezza dell'indebito, per la valida configurazione della nuova fattispecie di induzione, sarebbe stata indispensabile altresì la presenza di un vantaggio indebito per i soggetti privati, elemento integrativo assente invece nel caso prospettato²⁴⁸.

Ma quel che è forse più interessante rilevare è l'approccio interpretativo della giurisprudenza di merito e di legittimità adottato dinanzi ai così detti *casi dubbi*, anch'essi già analizzati dalle Sezioni Unite nella sentenza *Maldera*²⁴⁹, e in particolare dinanzi a quelli in cui le maggiori difficoltà interpretative dipenderebbero proprio dall'indeterminatezza della minaccia prospettata. In tutti questi casi la Corte

²⁴⁸ Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 21.04.2014, n. 39089. Ma si veda anche Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 23.07.2015, n. 42607 (Puleo), dove la Sesta Sezione ha avuto modo di esprimersi in relazione al comportamento di un Luogotenente della Guardia di finanza e di alcuni commercialisti, che avevano indotto i titolari di un'azienda sottoposta a verifica fiscale, a promettere denaro e altre utilità al fine di ottenere un generico "trattamento più benevolo". Le somme, poi realmente versate, risultavano trasferite sul conto di una terza persona a titolo di compenso per una consulenza, in realtà fittizia, per l'impresa. Dopo che i giudici di merito avevano riconosciuto la concussione, la Suprema Corte ha invece riqualficato i fatti come induzione indebita, ripercorrendo fedelmente gli assunti euristici centrali della sentenza *Maldera*, specie quanto alla natura condotta induttiva e all'utilità prospettata al privato, tipici del nuovo art. 319 quater c.p. Al criterio discrezionale della minaccia-non minaccia e del danno-vantaggio, entrambi ingiusti, fanno altresì espresso riferimento anche le pronunce di Cass., sez. VI pen., sent. 01.04.2014, n. 28978; Cass., sez. VI pen., sent. 13.06.2014, n. 25255; Cass., sez. VII pen., 12.11.2014, n. 50482; Cass., sez. VI pen., 14.06.2015, n. 32594; Cass., sez. VI pen., 03.12.2015 n. 548 ed ancora così in Cass., sez. VI pen., 2 marzo 2016, n. 9429.

²⁴⁹ Le Sezioni Unite nella sent. 24.10.2013 n. 12228 (*Maldera*) avevano in particolare per queste ipotesi, giova ribadirlo, propugnato la necessità di un debito approfondimento dell'accertamento, e ciò al fine di meglio comprendere se l'eventuale adesione del privato alla proposta di parte pubblica, fosse realmente dipesa da una subita condotta di sopraffazione ovvero piuttosto fosse il risultato negoziale di una condotta dialettica ed utilitaristica manifestata nei confronti del soggetto agente qualificato.

di Cassazione, spesso riformando gli assunti interpretativi dei giudici di merito, ha conformemente provveduto a riqualificare il fatto come induzione indebita, e non come concussione, non riscontrando un atteggiamento di vera e propria costrizione da parte del pubblico agente, e rilevando invece come la cessione della volontà del privato venisse in concreto ottenuta proprio attraverso la prospettazione per quest'ultimo di un vantaggio indebito²⁵⁰.

Infine, sempre per quel che riguarda i rapporti tra le due fattispecie di concussione (art.317) ed induzione indebita (art.319quater), problemi di identificazione di una condotta concussiva riguardano altresì le ipotesi in cui la minaccia si caratterizzi per la sua genericità: in questi casi cioè, il pubblico agente nulla dice sulle conseguenze che potrebbero scaturire dal mancato adempimento delle sue richieste. Particolarmente importante al riguardo, anche per la notorietà delle parti coinvolte, si rivela la pronuncia della Corte di Cassazione del 2015, che ha chiuso il caso *Berlusconi Ruby*²⁵¹. In primo grado, il Tribunale di Milano²⁵², già nella vigenza della riforma anticorruzione del 2012, aveva rinvenuto nella condotta dell'imputato, e più precisamente nelle modalità stesse con cui essa era stata tenuta, una "*minaccia implicita*". Nello specifico, la richiesta dell'ex Presidente del Consiglio, esercitata rappresentando al funzionario pubblico la propria qualifica, in piena notte, mentre si

²⁵⁰ Una classica situazione di questo tipo, trattata di recente dalla giurisprudenza di legittimità, è quella dell'ispettore di polizia, che mostra il proprio tesserino all'entrata del *night club*, al fine di garantirsi gratuitamente l'ingresso, oltre che i servizi del locale. In tal caso la cessione del privato è da rinvenirsi nella volontà di sottrarsi ai controlli del caso - così in Cass., sez. VI pen., sent. 1.04.2014, n. 28978. E vedi altresì in tal senso anche Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 26.02.2015, n. 8625, dove la Sesta Sezione ha avuto altresì modo di rimarcare come nell'analisi della nuova fattispecie di induzione indebita (art.319quater), l'interprete debba tenere debitamente in considerazione il fatto che anche il privato "*è assoggettato a punizione, e non certo sulla sola base della violazione di un generico 'dovere di resistere' alle richieste indebite di un pubblico ufficiale*".

²⁵¹ Ci riferiamo a Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 10.03.2015, n. 22526. Un breve accenno ai fatti, posta la notorietà dei personaggi coinvolti nella vicenda giudiziaria in discorso. Come è noto, l'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi era stato accusato dei reati di concussione, ex art. 317 c.p., e di prostituzione minorile, ex art. 600 bis c.p., per aver effettuato, a mezzo del telefono e nel cuore della notte, la richiesta al Capo di Gabinetto del Questore di Milano, di liberare "*immediatamente*" e "*senza discutere*" la minorenni di origini marocchine Ruby, fermata poco prima con l'accusa di furto. Berlusconi giustificava in particolare il suo interessamento per la rimessa in libertà della giovane adducendo generiche motivazioni diplomatiche, basate nello specifico su una presunta parentela che la minorenni avrebbe avuto con l'allora Presidente egiziano Hosni Mubarak.

²⁵² Ci riferiamo a Trib. Milano, sent. 24.06.2013, n. 7927.

professava finalizzata ad ottenere da quest'ultimo un intervento “*minimale*”, sarebbe in realtà apparsa come un vero e proprio “*ordine*” all'interlocutore. Il giudice di primo grado ha dunque configurato una minaccia in quanto *si sarebbe fatta intuire la necessità di “adempiere presto e senza discutere”* ed altresì lasciato intendere il verificarsi futuro di una inevitabile conseguenza negativa nel caso in cui la specifica richiesta non fosse stata soddisfatta. Più in particolare la tesi di una condotta di costrizione veniva corroborata dal giudice di prime cure anche facendo riferimento alla *ripetitività* delle telefonate effettuate dall'addetto alla scorta dell'allora Presidente del Consiglio, tutte finalizzate ad “*accertarsi dell'evoluzione dell'episodio*”. Per sostenere l'accusa di concussione si è dunque applicato il tradizionale criterio discrezionale della particolare intensità della pressione psicologica proveniente in questo caso dalla massima carica di Governo, accompagnato dall'assenza di vantaggio per il funzionario.

La Corte d'Appello di Milano²⁵³, prima, e la Cassazione²⁵⁴, poi, pronunciandosi entrambe dopo la sentenza *Maldera* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, risalente all'Ottobre del 2013, e quindi di poco successiva alla pronuncia definitiva del giudice delle prime cure, hanno invece optato per l'assoluzione dell'ex Presidente del Consiglio, rilevando in particolare che nella condotta a quest'ultimo ascrivibile non fossero rinvenibili gli elementi tipici ed essenziali della nuova concussione per costrizione, di cui all'art. 317 cod. pen. Nelle motivazioni della sentenza di legittimità è stata in particolare ribadita la necessità di aderire ad un'interpretazione restrittiva della nozione di minaccia, ritenuta elemento necessario ai fini dell'integrazione del delitto di concussione, come già emerso nella sentenza *Maldera*. Tale interpretazione restrittiva, argomentano i giudici della Suprema Corte, appare altresì conforme alle numerose sollecitazioni provenienti dal diritto internazionale pattizio, costituenti il motore principale della riforma, che hanno opportunamente condotto il legislatore del 2012 ad intervenire sui delitti di corruzione e concussione. In tal senso, viene in particolare richiamata l'esigenza di un'interpretazione anche costituzionalmente orientata, posto che in forza dell'art. 117 Cost., si impone all'interprete di attribuire alla disciplina interna “*un significato*

²⁵³ Corte d'Appello di Milano, Sez. II, sent. 18.07.2014 n. 970

²⁵⁴ Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 10.03.2015, n. 22526

compatibile con gli obblighi assunti dal nostro Paese in ambito internazionale”, e ciò anche in materia di lotta alla corruzione: il restringimento interpretativo del concetto di costrizione, permette infatti di ridurre gli spazi di impunità per il privato, più volte criticati alla nostra legislazione penale²⁵⁵. A corroborare dall’interno l’esigenza di suddetta interpretazione restrittiva i giudici di legittimità si riferiscono altresì al “*doveroso rispetto del principio di legalità e di precisione, che fondano il diritto penale*”. Il rispetto dei principi così richiamati, ma anche della *ratio* stessa della riforma, imponevano dunque una delimitazione dei fatti riconducibili alla nuova concussione di cui al riformato art. 317 del codice penale, richiedendo essi per la loro rilevanza almeno “*un minimum di comportamento minatorio*”, che dovrà essere oggetto di uno specifico ed effettivo riscontro in sede processuale. In particolare, nella parte centrale della pronuncia chiariscono la portata del requisito in discorso, riaffermando la necessità “*che la condotta abusiva del pubblico ufficiale divenga positivamente concreta*”. Pertanto, solo l’effettiva esteriorizzazione dell’atteggiamento minaccioso, nel suo positivo estrinsecarsi verso l’esterno, può rendere l’abuso delle qualità o dei poteri concretamente idoneo ad intimorire la vittima, contribuendo così alla valida integrazione del delitto di concussione costrittiva. Nella vicenda processuale in esame, in particolare, i giudici della Suprema Corte ritengono “*assente*” proprio la prova di una minaccia positivamente estrinsecata. Conseguenzialmente, l’atteggiamento del funzionario coinvolto nel caso di specie non viene ritenuto causalmente riconducibile ad una “*esterna e grave coazione psicologica della sua volontà da parte del pubblico agente*”, ma vi si rinviene piuttosto una “*condizione autoindotta*”, determinatasi in funzione dell’operare di diversi fattori, affatto riconducibili alla condotta dell’imputato, tra cui “*il timore reverenziale verso l’interlocutore, la debolezza caratteriale, il desiderio di non sfigurare, la convinzione di agire nel lecito...*”. Gli elementi che così avrebbero determinato il pubblico funzionario ad agire in aderenza alle richieste dell’allora Presidente del Consiglio, sarebbero così “*in definitiva legati alla sfera personale dello stesso (...) e non provocati da Berlusconi*”. In conclusione, il timore

²⁵⁵ Sulla esattezza di un’interpretazione restrittiva della concussione, gli organismi internazionali si sono espressi anche dopo l’avvenuta riforma del 2012: così il WGoB nel suo *Report* del Maggio 2014, e vedi altresì in tal senso GRECO *Evaluation Report on Italy*, 64° riunione plenaria del 16-20 giugno 2014.

reverenziale autoindotto non inciderebbe in maniera penalisticamente rilevante sulla libertà di determinazione del soggetto, mentre è “*timore giuridicamente rilevante*” solo quello scaturente “*da un fatto umano, esterno alla psiche di chi lo prova, (abstrinseco)*”, ed è questa l’interpretazione accolta già nella sentenza *Maldera* delle Sezioni Unite.

In questo senso anche nelle argomentazioni dei giudici di secondo grado della Corte d’Appello di Milano, la tesi accusatoria perseguita dal giudice di prime cure, viene sottoposta ad una serrata critica sotto il profilo della sua idoneità creativa rispetto alla fattispecie normativa di concussione, quasi a volerne dedurre la natura di “*reato di posizione*”, dando così erroneamente una valenza concussiva anche alla “*semplice posizione di supremazia del pubblico agente*”²⁵⁶. In questo modo, tuttavia, poiché la sopraffazione è potenzialmente “*sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale in ragione della qualità rivestita o della funzione svolta*”, si finirebbe per integrare sempre il reato di concussione, in quanto la controparte interlocutore con il soggetto pubblico, avvertirebbe, per ciò solo, uno stato di soggezione. Dopo avere quindi debitamente escluso che la condotta concussiva possa basarsi solo su di una generica situazione di supremazia rivestita dal pubblico agente rispetto all’extraneus, si impone come necessario ed imprescindibile l’accertamento, di volta in volta, dell’effettiva coazione minacciosa, provandone il positivo estrinsecarsi e l’idoneità costrittiva, e ciò ancor di più nel caso di specie, posto che la pressione abusiva è stata effettuata su di un altro pubblico ufficiale. In simili circostanze, proseguono i giudici del secondo grado, è doveroso per l’interprete riferirsi altresì al principio del rispetto dei “*doveri inerenti al corretto espletamento delle funzioni nel settore di competenza*”, che legittimano l’attesa di un “*obbligo di resistenza*” del pubblico agente, “*per cui un eventuale allontanamento dai suddetti doveri va dimostrato con ancora maggiore rigore*”.

In conclusione si afferma che, se è vero che la condotta abusiva del pubblico agente dev’essere “*positivamente concreta*” per potersi ritenere giuridicamente rilevante, ciò tuttavia non significa propriamente che l’operatività della sfera di prensione

²⁵⁶ La critica alla configurazione della concussione come ‘reato di posizione’ da parte del giudice di prime cure, è appunto contenuta nella pronuncia della Corte d’Appello di Milano, Sez. II, sent. 18.07.2014 n. 970.

punitiva della nuova fattispecie di concussione richieda, sempre e comunque, la sussistenza di una minaccia *esplicita*. Invero, sottolinea la Corte, l'estromissione ermeneutica delle "*forme implicite*" dal concetto di minaccia, idoneo ad integrare la condotta costringitiva, poteva ancora rinvenire un valido appiglio normativo sotto la vigenza della precedente formulazione del reato di concussione, in quanto tali forme venivano per l'appunto sussunte nella condotta induttiva dell'unitaria fattispecie di concussione. A rigore dunque, in seguito all'entrata in vigore della riforma del 2012, si dovrebbe attribuire al nuovo art. 317 c.p. "*una portata notevolmente più ristretta rispetto al passato*", anche perché, una volta estromesse dalla concussione, le condotte di minaccia implicita non potrebbero neppure essere validamente ricondotte nel nuovo reato di induzione indebita di cui all'art. 319 quater c.p., posto che ai fini dell'integrazione di quest'ultima fattispecie la proposta dal pubblico agente deve comportare altresì la prospettazione di un vantaggio indebito al privato. In realtà la stessa Corte di Cassazione mostrerà di preferire l'interpretazione già avallata dalla sentenza Maldera delle Sezioni Unite, ricomprendendo così anche le forme implicite di minaccia nella nuova condotta costringitiva del delitto di concussione, considerandole comunque latrici della prospettazione di un danno ingiusto e non contemplanti alcun vantaggio per il privato. La concretizzazione positiva, cui fa riferimento la Corte dell'Appello nel caso Ruby, dovrebbe allora intendersi, a detta della Suprema Corte, come sinonimo di "*riconoscibilità esterna della minaccia*"²⁵⁷. Nella stessa pronuncia si precisa l'elemento imprescindibile della fattispecie concussiva, e cioè che "*la vittima sia posta nella condizione di percepire l'effettiva portata intimidatoria e costringitiva*" della condotta, quand'anche implicita, e dovrà dunque essere sempre oggetto di puntuale dimostrazione l'abuso delle qualità o dei poteri da parte del pubblico agente che "*esteriorizza concretamente un atteggiamento idoneo a intimidire la vittima*". Per quanto il soggetto agente possa dunque in ipotesi anche non ricorrere a forme di minaccia esplicita, tutti i comportamenti o finanche gli "*atteggiamenti*" meno forti ed energici, pure aventi ad oggetto la prospettazione di un danno ingiusto alla vittima, potrebbero risultare

²⁵⁷ Ci riferiamo ancora a Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 10.03.2015, n. 22526

concretamente idonei ad ingenerare nel destinatario uno stato di soggezione²⁵⁸. Come, però, è stato debitamente precisato dalle Sezioni Unite nella sentenza *Maldera*, “quanto più è generica la prospettazione di un danno o di una conseguenza sfavorevole al privato, tanto più deve risultare ‘lampante’ l’intento intimidatorio del pubblico funzionario”²⁵⁹. Dunque, conclude la Cassazione, pure in presenza di siffatti “atteggiamenti”, e tanto più in ragione del loro implicito manifestarsi, “occorrerà un oggettivo riscontro della situazione minatoria, proveniente univocamente e chiaramente (ab estrinseco) dal contegno del pubblico ufficiale”, diversamente dovendosi concludere per la non configurabilità della fattispecie di concussione, così com’è accaduto nella vicenda dell’ex Presidente del Consiglio. Una volta scartata l’ipotesi della configurabilità del reato di concussione, i giudici di legittimità hanno quindi verificato la riconducibilità dei fatti in oggetto ad altri reati. Si è così esclusa l’applicabilità dell’induzione indebita per la mancanza del “vantaggio ingiusto”, che deve caratterizzare la prospettazione dell’*extraneus* nella fattispecie dell’art. 319 quater c.p., onde legittimarne la punibilità positivizzata nella norma incriminatrice. Per la verità anche i giudici di merito avevano negato, in particolare, la configurabilità del vantaggio come conseguenza del “mero atteggiamento accondiscendente del pubblico ufficiale” dinanzi alle pressanti richieste di un superiore gerarchico.

Al termine della presente panoramica dell’evolversi dei rapporti tra fattispecie di induzione indebita e concussione, specie a seguito dell’entrata in vigore della riforma anticorruzione del 2012, e quindi della nuova fattispecie di concussione soltanto costrittiva, occorre infine tentare di rispondere al quesito prospettato nella prima parte della presente trattazione, ed in certo qual modo implicitamente riproposti nella pronuncia della Suprema Corte da ultimo analizzata: quale spazio di operatività può ad oggi riconoscersi alla così detta ‘concussione ambientale’?

²⁵⁸ Nella pronuncia in commento, i giudici della Suprema Corte, richiamando parte della giurisprudenza in materia, ricordano come sia stato ritenuto concretamente idoneo ad ingenerare uno stato di soggezione, ad esempio, l’atteggiamento di un impiegato provinciale del lavoro, responsabile della formazione delle graduatorie del collocamento obbligatorio, che aveva prospettato “in maniera vaga e subdola” ad un invalido civile le possibili difficoltà di trovare lavoro appartenendo ad una ‘categoria protetta’, ma allo stesso tempo “alluso” ad un suo “concreto interessamento” alla pratica in cambio di prestazioni sessuali - così in Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 21.02.2013, n. 18372.

²⁵⁹ [vd. nota 184]

Prima della legge n. 190/2012, l'esistenza nell'ambito di un'unitaria fattispecie normativa, di una condotta costrittiva e di una condotta induttiva, oltre a legittimare un'interpretazione estensiva della sfera applicativa della fattispecie di concussione di cui all'art. 317 abr., aveva “*ulteriormente acutizzato*”²⁶⁰ il problema, di matrice prettamente giurisprudenziale, della concussione ambientale. Come noto, in questa ipotesi, pur in assenza di un concreto comportamento positivo, costrittivo ovvero induttivo da parte del pubblico ufficiale, il soggetto privato o *extraneus*, dinanzi al manifestarsi di un clima diffuso, ovverosia di una consolidata prassi, ancorché illecita, instauratasi in un determinato settore della Pubblica Amministrazione, prende improvvisamente contezza del fatto che senza determinarsi alla prestazione di un indebito egli non potrà ottenere la soddisfazione di un proprio interesse legittimo. In questi casi, l'effetto proprio della concussione, e cioè l'indebita *datio* del privato, non consegue ad una condotta tipica di costrizione od induzione ascrivibile al soggetto pubblico: il condizionamento si dice per l'appunto ‘ambientale’, in quanto determinato da una situazione di fatto preesistente, da un insieme di regole che informano il comportamento dei soggetti che operano all'interno di un ufficio pubblico, e che di tale sistema si avvantaggiano. Parte della giurisprudenza penale dinanzi a queste situazioni, e soprattutto negli anni di Tangentopoli, ha applicato la fattispecie di concussione per induzione, giudicando conseguentemente non colpevole l'*extraneus* condizionato dalla “*intimidazione ambientale*”²⁶¹. In altre pronunce si è invece subordinata la rilevanza penale di simili condotte alla preventiva verifica, nel caso concreto, di un comportamento omissivo ovvero di un contegno cosciente nel pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che non si adopera in alcun modo per evitare l'effetto del condizionamento nel privato, pretendendosi “*un minimo di condotta induttiva da parte del soggetto pubblico*” che così si informerebbe ad una prassi ineludibile, “*diversamente configurandosi una palese violazione del principio di legalità*”²⁶².

²⁶⁰ Così rileva Collica M.T. – in *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017

²⁶¹ Tra le altre, si veda Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 18.12.1998 n. 13395.

²⁶² Così in Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 11.01.2011 n. 25694; ed altresì prima in Cass., sez. VI pen., sent. 13.07.1998 n. 13395 che, in mancanza della condotta minimamente induttiva, afferma la configurabilità della fattispecie di corruzione.

Anche in dottrina non si riscontrano orientamenti univoci. In particolare, per un orientamento minoritario, in questi casi non sarebbe configurabile né la fattispecie di concussione e né quella di corruzione²⁶³. Diversamente, l'indirizzo dottrinario prevalente deponeva per la più corretta configurabilità della corruzione, individuando alla base del rapporto intercorrente tra soggetto pubblico e privato, uno “*scambio di utilità*”²⁶⁴, giustificante l'informarsi di entrambi alla prassi illecita, diffusa all'interno dell'ufficio pubblico. Per tale ultimo orientamento più in particolare, seguito anche da dottrina più recente, “*applicare la concussione appare una forzatura, in quanto la condotta del pubblico agente finisce per smaterializzarsi completamente*”²⁶⁵.

In sede legislativa si registrano alcune risalenti proposte favorevoli ad una vera e propria tipizzazione della concussione ambientale come fattispecie autonoma di reato, evitando così l'insopprimibile sacrificio del principio di legalità, operato da suddetta giurisprudenza estensiva, in materia di concussione ambientale: muovono in tal senso sia il disegno di legge *Martinazzoli* del 1885, e sia il disegno di legge *Vassalli* del 1988, ma anche il progetto per la riforma del codice penale *Pagliari* del 1992. In generale la dottrina dominante, dinanzi a siffatte proposte del legislatore, si è tuttavia dimostrata contraria ed assai critica anche in punto di maggiore garanzia per il rispetto del principio di legalità²⁶⁶. Tutt'oggi per alcuni, attraverso una previsione espressa si correrebbe il rischio “*di assecondare una prassi scorretta (...). La non punizione dell'extraneus in simili circostanze, in un settore in cui si registra una scarsa propensione alla denuncia, potrebbe, infatti, stimolare ulteriormente la*

²⁶³ Così tra gli altri Cerquetti G. – in *Tutela penale della pubblica amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996.

²⁶⁴ Così Prontera S. – in *Osservazioni in tema di distinzione tra concussione e truffa aggravata ex art. 61 n. 9 c.p.*, L'Indice Penale, n. 3/1998

²⁶⁵ L'affermazione è di Collica M.T. – in *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017

²⁶⁶ Tra tutti, Fiandaca G. per il quale, neanche l'espedito della tipizzazione normativa della concussione ambientale, si sarebbe per la verità rivelato di per sé sufficiente a garantire il rispetto del principio di legalità, posto che la fattispecie di concussione ambientale, quand'anche disciplinata in un'autonoma fattispecie, avrebbe comunque potuto presentare “*problemi di determinatezza, specie in relazione all'accertamento dell'influenza del fattore ambientale*”. Il tutto, prosegue l'autore, a tacere della problematica dimostrazione dell'*animus* del privato come concusso, che potrebbe a sua volta comportare il rischio di una “*pericolosa deriva verso un diritto penale dell'intenzione*” – in *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di concussione e corruzione*, Riv. Diritto Penale e Processo, Febbraio 2000.

*condotta illecita. Il privato che paga senza una esplicita richiesta, peraltro, ad un esame più attento non sembra meritare un trattamento benevolo, in quanto contribuisce a creare o a mantenere un sistema illegale, che non va certo incentivato*²⁶⁷.

A seguito della riscrittura della fattispecie di concussione ad opera della legge n. 190/2012, incentrata la condotta tipica sulla sola costrizione, ad oggi sembra doversi escludere qualsiasi margine di riconducibilità della concussione ambientale nell'art. 317. Il problema della configurabilità della concussione ambientale potrà semmai debitamente tenere conto della distinzione suggerita dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione nella già analizzata pronuncia che ha chiuso il caso *Ruby-Berlusconi*²⁶⁸, relativamente alle minacce generiche. Pertanto, solo nei casi di un comprovato atteggiamento intimidatorio da parte del pubblico agente, sarà configurabile una condotta di concussione, *“il che porta ad escludere dal suo ambito applicativo le ipotesi di concussione ambientale in senso stretto, in cui il soggetto pubblico si limita ad approfittare della dazione o promessa indebita del privato, senza che a ciò abbia contribuito in alcun modo”*²⁶⁹. In buona sostanza, a seguito della summenzionata interpretazione restrittiva della nuova concussione, limitata alla sola condotta coattiva, tutte le volte in cui il privato si determini all'indebita *datio* in assenza di una qualsiasi influenza *ab estrinseco* proveniente dal soggetto pubblico, dovrà più correttamente trovare applicazione la fattispecie di corruzione, ovvero quella di induzione indebita, qualora sussistano, in quest'ultimo caso, gli elementi tipici dell'abuso della qualità o dei poteri ed un *minimum* contenuto minatorio nella condotta del soggetto agente. In particolar modo, a seguito della riforma, parte della dottrina ha opportunamente preveduto un ambito di operatività privilegiato per la nuova fattispecie di induzione indebita, proprio relativamente alle ipotesi

²⁶⁷ Così Collica M.T. – in [vd. nota 192]; ma vedi altresì in tal senso Padovani T. – in *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di concussione*, Archivio Penale, 12/2012; e ancora critici in punto di tipizzazione della concussione ambientale, già Manes V. – in *La concussione ambientale da fenomenologia a fattispecie 'extra legem'*, Foro It., n. II/1999; e Forti G. – in *L'insostenibile pesantezza della 'tangente ambientale': inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, Riv. It. Diritto e Procedura Penale, 1996.

²⁶⁸ Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 10.03.2015, n. 22526

²⁶⁹ Collica M.T. – in *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017

tradizionalmente classificate dalla giurisprudenza come di ‘concussione ambientale’²⁷⁰.

5.3. La giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera nei rapporti tra induzione indebita e fattispecie di corruzione

Per quanto riguarda l’interpretazione dei confini applicativi esistenti tra le fattispecie di corruzione e la nuova fattispecie di induzione indebita, successivamente agli assunti interpretativi proposti dalle Sezioni Unite nella sentenza *Maldera*, sembra doversi privilegiare la linea di demarcazione basata sulla posizione ricoperta dai due soggetti, *intraneus* ed *extraneus*, che, ai fini della configurabilità del delitto di corruzione, debbono potersi dire agenti su di un piano di parità negoziale. A ciò si aggiunga, sempre conformemente ai dettami delle Sezioni Unite, il dato dell’iniziativa del pubblico agente, che vale come indice sintomatico della induzione indebita, allorché si connoti anche con un abuso delle qualità o dei poteri²⁷¹. Più in particolare, poiché l’elemento del vantaggio è ormai presente in entrambe le fattispecie, le differenze fondamentali si concentrano indefettibilmente sulle modalità di realizzazione della condotta tipica. E così, centrale ai fini della configurazione della fattispecie di induzione indebita diviene pertanto l’elemento dell’abuso della qualità o dei poteri, la quale contribuisce più di tutto a rendere squilibrato, verso il lato del soggetto pubblico, il rapporto tra i due soggetti nell’induzione²⁷². La necessaria presenza dell’elemento dell’*abuso* ai fini della valida applicazione dell’art. 319 quater del codice penale, “*finisce inoltre per attribuire all’iniziativa del pubblico agente il ruolo di ‘dato sintomatico’ della condotta induttiva, oltre a*

²⁷⁰ Così ad esempio Pellissero M. – in *Relazione al Convegno ‘Novità normative e giurisprudenziale in tema di concussione e induzione indebita’*, Torino, 09.07.2015, su www.studiolegalecavallo.com; ed altresì Garofoli R. – in *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013.

²⁷¹ Così tra gli altri in dottrina si esprime Romano M. – in *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013; e vedi altresì Benussi C. – in *I delitti contro la pubblica amministrazione, vol. I, I delitti dei pubblici ufficiali*, da G. Marinucci, E. Dolcini, (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2015; ed ancora Seminara S. – in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, Diritto Penale e Processo, 10/2012.

²⁷² L’assunto interpretativo in discorso è rinvenibile in Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 22.07.2015, n. 46071.

*contribuire alla delimitazione dell'induzione rilevante, che si deve realizzare proprio mediante l'abuso*²⁷³.

Per quanto riguarda infine la differenza tra istigazione alla corruzione ed induzione indebita, le pronunce successive rimangono fedeli alle linee interpretative tracciate dalle Sezioni Unite con la sentenza *Maldera*. Pertanto, l'istigazione alla corruzione “*si qualifica come una richiesta formulata dal pubblico agente senza esercitare pressioni o suggestioni che tendono a piegare ovvero a persuadere, sia pure allusivamente, il soggetto privato, alla cui libertà di scelta viene prospettato, su basi paritarie, un semplice scambio di favori, connotato dall'assenza sia di ogni tipo di minaccia diretta o indiretta sia, soprattutto, di ogni ulteriore abuso della qualità o dei poteri*”²⁷⁴. Dovrà di converso ritenersi invece configurato un tentativo di induzione indebita, tutte le volte in cui il pubblico agente, con abuso della sua qualità o dei suoi poteri, pone il suo interlocutore in uno stato di potenziale soggezione psicologica, avanzando richieste perentorie, ripetute, ed in generale più insistenti rispetto ad una condotta di mera sollecitazione, necessaria invece ai fini della configurabilità dell'autonoma fattispecie di istigazione di cui all'art. 322 del codice penale, e consistente perlopiù in una mera *richiesta* od *invito*²⁷⁵.

Un ulteriore problematica questione interpretativa potrebbe profilarsi tutte le volte in cui il soggetto *extraneus* indotto accetti la proposta proveniente dal soggetto agente qualificato, ma lo faccia tuttavia con la ‘riserva mentale’ di denunciare l'accaduto subito dopo, ovvero ancora muti proposito improvvisamente ed avvisi quindi le forze dell'ordine dell'accaduto. Successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite sul caso *Maldera*, la Corte di Cassazione ha avuto modo di affrontare una vicenda di questo tipo e, allineandosi all'orientamento interpretativo prevalente, che, già prima della riforma del 2012, non attribuiva alcuna rilevanza alla riserva mentale di futura denuncia e configurava quindi come avvenuta la consumazione del reato al momento del mero accordo²⁷⁶, ha limitato l'impunità del privato ai soli casi in cui la promessa

²⁷³ Così Collica M.T. – in *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017.

²⁷⁴ Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 04.02.2014 n. 23004

²⁷⁵ Così Collica M.T. – in [vd. nota 200]

²⁷⁶ Così ad esempio in Corte di Cass., sez. VI pen., sent. 11.01.2013, n. 16154 (Pierri); ed altresì in Cass., sez. VI pen., sent. 30.06.2012, n. 20914 per la quale, secondo il dominante

sia intervenuta successivamente alla predisposizione, d'intesa con i carabinieri, di un patto diretto a raccogliere la prova del reato. In alcune isolate pronunce, tuttavia, è stata caldeggiata l'applicazione delle norme in materia di desistenza volontaria o di recesso attivo, che, si sostiene, possono operare *“non solo nell'ipotesi di tentativo, bensì anche laddove alla promessa, che di per sé sola perfeziona il reato, faccia seguito la dazione e prima che tale ultimo evento si verifichi”*²⁷⁷. Tuttavia parte della dottrina ha significativamente rilevato come, per quanto siano comprensibili i motivi di fondo di siffatte conclusioni interpretative, volte a garantire l'impunità del privato che collabori con le forze dell'ordine, *“è evidente che la giurisprudenza forzi in tal modo l'ambito applicativo di istituti che presuppongono in realtà il mancato completamento del fatto, mentre, come precisa la stessa Corte che vi ha fatto ricorso, il reato è in questo caso già perfetto al momento della promessa (...) è evidente come si introduca per questa via una causa di non punibilità sopravvenuta non conosciuta dal nostro ordinamento, con una violazione del principio di legalità”*²⁷⁸.

Secondo altra parte della più recente dottrina²⁷⁹, pur sempre critica verso suddetta interpretazione della riserva mentale nel privato, sarebbe più corretto invero concentrarsi sulla inidoneità della promessa in generale, nella quale il soggetto *extraneus* finisce per simulare l'accettazione di una proposta, ma al solo scopo di assicurare il soggetto pubblico alle forze dell'ordine. E conseguenzialmente, si è detto, *“se la promessa deve avere i caratteri della serietà e credibilità, non è possibile riconoscerne la validità nei suddetti episodi, non essendosi configurata la sopraffazione, né oggettivamente né soggettivamente, pur sempre necessaria anche*

indirizzo giurisprudenziale, *“nel delitto di concussione la predisposizione dell'azione di polizia con la collaborazione della vittima, allo scopo di sorprendere in flagranza di reato il funzionario disonesto, non assume alcuna rilevanza giuridica allorquando, essendosi verificata in precedenza la promessa, il reato risulti già consumato”*; e vedi ancora Cass., sez. VI pen., sent. 11.03.2003, n. 11384.

²⁷⁷ Così ad esempio in Cass., sez. VI pen., 08.04.2013, n. 16154; e per un'analogha conclusione in dottrina, vedi altresì Pagliaro A. e Parodi Giusino M. – in *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.

²⁷⁸ Così Seminara S. – in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, Diritto Penale e Processo, 10/2012; e vedi altresì Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015 da Il libro dell'anno del diritto 2016*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015.

²⁷⁹ Vedi in tal senso Collica M.T. – in *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017

nell'induzione indebita". Una diversa impostazione ermeneutica potrà semmai sostenersi qualora il privato abbia inizialmente ed effettivamente accettato la promessa e solo in un momento successivo abbia infine mutato proposito, rivolgendosi così alle forze dell'ordine, con un atteggiamento che potrà sì, eventualmente incidere sulla commisurazione della pena, ma per un reato che comunque si è già consumato.

CAPITOLO III – le forme più moderne di repressione della corruzione in ambito pubblico: profili preventivi

1. La riforma del 2015: corruzione e criminalità organizzata, le caratteristiche principali del nuovo intervento di riforma

Con l'intervento di riforma del 2012, il legislatore ha provveduto ad una modifica strutturale della gran parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, ridisegnando altresì i rapporti intercorrenti tra le principali fattispecie incriminatrici tradizionalmente poste a contrasto dei fenomeni corruttivi. Appena tre anni dopo, con la Legge n. 69 del 2015, il legislatore riterrà tuttavia opportuno intervenire ulteriormente sulla disciplina in discorso, adottando un diverso approccio di politica criminale, principalmente incentrato su una modifica dell'arsenale sanzionatorio che accompagna le diverse fattispecie. La riforma del 2015 risolverà solo in parte le criticità interpretative sollevate dalla precedente legge anticorruzione del 2012, emerse sia nella dottrina immediatamente successiva all'intervento di riforma, sia direttamente dalla prassi applicativa.

Il legislatore del 2015, dimostrando in primo luogo di prediligere ancora una volta lo strumento della repressione penale, interviene peraltro in un contesto storico nel quale la risonanza massmediatica di numerose inchieste delle procure italiane aveva indubbiamente acclarato, *in primis* all'opinione pubblica, un nuovo volto della corruzione pubblica, caratterizzata dall'emersione di dinamiche rodate e complesse con le quali *“la criminalità politico-amministrativa ed economica dei cd. colletti bianchi si intreccia pericolosamente con quella violenta delle organizzazioni criminali di tipo mafioso”*²⁸⁰: tra gli altri, gli scandali sull'avanzamento di costruzione del MO.S.E. di Venezia, sulla organizzazione e gestione degli appalti per l'organizzazione dell'Expo di Milano²⁸¹, e prima ancora quelli del filone d'inchiesta

²⁸⁰ Così Cingari F. – in *La nuova riforma in tema di delitti contro la P.A., associazioni di tipo mafioso e falso in bilancio*, Diritto penale e processo n. 7/2015.

²⁸¹ Nel settembre del 2017, il Tribunale di Venezia ha condannato in primo grado tra gli altri, anche l'ex Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del Governo Berlusconi IV, Altero Matteoli. L'inchiesta relativa alle accuse per reati di corruzione, che vedevano coinvolto

denominato Mafia Capitale, dove la gestione della cosa pubblica ha drammaticamente mostrato tutte le sue rodate connessioni con il cd. *mondo di mezzo*²⁸². In tutti questi casi le indagini hanno messo in luce “*la multiforme e articolata connessione che può realizzarsi tra fenomeni di infiltrazione della criminalità organizzata nella Pubblica Amministrazione, di dissimulazione di condotte corruttive e di appropriazione indebita di fondi pubblici, a carattere anche sistematico*”²⁸³.

Questa consapevolezza storica dell’esistenza diffusa di una criminalità organizzata, che utilizza l’indebito pagamento come modalità stabile di acquisizione e sviluppo

anche l’ex Ministro, era iniziata nel giugno del 2014 ed apparteneva ad un filone più ampio che ha drammaticamente condotto agli onori delle cronache nazionali degli ultimi anni la gran parte dell’allora politica regionale veneta. L’ex Ministro Altero Matteoli, pochi mesi dopo la sua condanna di primo grado, è tragicamente deceduto in un incidente stradale nel Dicembre dello scorso anno. Ancora, nel Maggio 2014, la Guardia di Finanza, su ordine della procura di Milano ha arrestato sette persone accusate di associazione a delinquere, corruzione e turbativa d’asta, nell’ambito di una inchiesta riguardante complessivamente la gestione di alcuni degli appalti relativi all’Esposizione internazionale di Milano, in corso di organizzazione per l’anno 2015. Per gli inquirenti il materiale d’intercettazione alla base degli arresti dimostrava ampiamente l’esistenza di una “*cupola organizzata*” per condizionare gli appalti, “*che prometteva avanzamenti di carriera*” grazie a “*protezioni politiche*” variamente offerte a manager e pubblici ufficiali – in *Expo nuova tangentopoli a Milano: sette arresti* su *La Repubblica*, 08 Maggio 2014.

²⁸² Il termine è un prestito del gergo giornalistico, ispiratosi direttamente al materiale di intercettazione relativo ad uno degli imputati, allora indagato, che così incisivamente definiva la natura trasversale e permeante degli interessi economici che egli, anche attraverso l’utilizzo di società cooperativa a lui riferibile, poteva nutrire verso numerosi settori di gestione della cosa pubblica capitolina e nazionale: dagli appalti all’immigrazione. Tuttavia, secondo i giudici della decima sezione penale del Tribunale di Roma perché si possa parlare di mafia “*devono sussistere tre requisiti, specifici, tutti e tre necessari ed essenziali*”, ed in particolare la forza d’intimidazione, l’assoggettamento e l’omertà. L’articolo 416 bis del codice penale più in particolare, così come concepito dal nostro legislatore, richiede “*l’attualità e la concreta operatività del metodo mafioso*”. In conclusione, si legge nelle motivazioni della sentenza, la “*mafiosità*”, cui pure più volte avevano fatto ampio riferimento il procuratore di Roma Giuseppe Pignatone, l’aggiunto Paolo Ielo, ed i pubblici ministeri Luca Tescaroli e Giuseppe Cascini, “*non è quella recepita dal legislatore nell’attuale formulazione della fattispecie di cui all’articolo 416 bis del codice penale, per la quale non è sufficiente il ricorso sistematico alla corruzione (...) ed è invece necessaria l’adozione del metodo mafioso, inteso come esercizio della forza della intimidazione*” – Tribunale di Roma, sez. X pen. in composizione collegiale, **sent.** 16.10.2017 (ud. 20 luglio 2017), **n. 11730**.

²⁸³ Così nel *Rapporto annuale*, datato Maggio 2015, dell’Unità Informazione Finanziaria (Uif) della Banca d’Italia che ha analizzato anche l’impatto dei recenti interventi legislativi dedicati dal legislatore penale italiano alla repressione del fenomeno corruttivo in ambito pubblico – in <http://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2015/rapp-annuale-2014.pdf>

delle sue relazioni con uno o più referenti istituzionali presenti sul territorio d'interesse, affonda per la verità le sue radici da ben prima delle recenti inchieste summenzionate, già negli anni antecedenti alla riforma del 2012, quando era stato in primo luogo il potere esecutivo dello Stato a preoccuparsi verosimilmente di una “*perdita di credibilità*” delle istituzioni nel nostro paese, in specie sotto il profilo dell’efficienza degli enti pubblici territoriali, che agli occhi del cittadino finivano quasi per perdere di legittimità²⁸⁴. Negli anni immediatamente antecedenti alla prima riforma anticorruzione del 2012, significativi ed emblematici risultano altresì i dati presenti nella *Relazione al Parlamento* stilata nel 2010 dal Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SA.e.T)²⁸⁵, organo operante in seno al Ministero della Funzione Pubblica. Più in particolare, all’interno della *Relazione* in commento, una tabella numerica sottolineava al nostro Parlamento il dato apparentemente inconciliabile della presenza assolutamente esigua di episodi di denuncia per reati di corruzione e di concussione, in riferimento agli anni tra il 2004 ed il 2009, specie nelle Regioni del Sud Italia, a fronte dell’aumento esponenziale, negli stessi anni, delle richieste di scioglimento di Enti Locali ed Aziende Sanitarie, operanti sugli stessi territori, posta la presenza di un pericolo attuale di condizionamento dell’azione amministrativa di questi enti da parte di infiltrazioni di tipo mafioso. A parere dell’allora Servizio

²⁸⁴ Così Bortoletti M. che definisce il fenomeno largamente diffuso, ed in specie nel Sud Italia dove numerosi comuni vivono “*ormai all’ombra del fenomeno mafioso*” e dove si assisteva, con una costanza già allora preoccupante, ad un’applicazione a macchia d’olio dell’istituto dello scioglimento degli organi consiliari comunali per la presenza di infiltrazioni di tipo mafioso, a norma degli artt. 143 e ss. del Testo Unico Enti Locali, Dlgs. n. 267/2000. Più in particolare afferma l’autore, come si stesse assistendo all’operare nel nostro ordinamento di “*un circolo vizioso tra illegalità e ristagno economico, che finisce con l’alimentare il deficit da consenso e l’erosione progressiva della capacità dello Stato di affermare se stesso con i fatti, che disorienta i propri cittadini, che rende sempre più complesso contrapporre alla illegalità ed alla volontà di non rispettare le regole e la vita altrui, una certezza della pena fondata sulla credibilità delle Istituzioni.*” – in *Criminalità organizzata e Pubblica Amministrazione. Una lettura del “fenomeno corruzione” attraverso le Regioni. Obiettivo Convergenza*, da Riv. Quadr. Funzione Pubblica, Anno XVI, N. 1/2010.

²⁸⁵ Ci riferiamo alla *Relazione al Parlamento* del SAeT (2010) – pubblicata sul sito <http://www.irpa.eu> il 28.04.2011. La Tabella di seguito analizzata (Tab. 1), contenuta all’interno della *Relazione* richiamata, è così riportata all’interno del saggio di Bortoletti M. a pag. 30 e ss – in [vd. nota precedente]; e gli stessi dati sono richiamati da Manganaro F. – in *Corruzione e criminalità organizzata da Atti del seminario “L’area grigia della ‘ndrangheta: relazioni di complicità’ e collusione tra cultura, economia e politica”*, Reggio Calabria, Febbraio 2012.

Anticorruzione e Trasparenza²⁸⁶, sarebbe stata proprio la scarsa presenza di denunce e segnalazioni di reati di corruzione e concussione all'interno della Pubblica Amministrazione ad acclarare con estrema evidenza, la presenza di una variazione nei meccanismi di sviluppo dei fenomeni corruttivi in ambito pubblico, dove ormai la criminalità organizzata consentiva sin dall'inizio, e segnatamente dal momento della programmazione amministrativa, un'offerta di credibili servizi, avvalendosi dell'operato di soggetti qualificati presenti all'interno dell'Ente. Sicché, *“l'elusione della legalità - frequentemente riscontrata nell'attività amministrativa, in un mix devastante di inefficienza, incompetenza tecnica, di disinteresse o, peggio, interessi privati – finiva con il rendere impalpabile il sistema stesso delle regole”* anti giuridiche che presiedevano il sistema, e ciò *“ad ulteriore vantaggio delle organizzazioni criminali”*²⁸⁷ che dall'omissione delle denunce da parte del privato, in un panorama palesemente in difetto rispetto ad una cultura della legalità, finivano per trarre così ulteriore alimento. Ci sembra di poter affermare che il documento in commento ricollegava così significativamente, già negli anni immediatamente antecedenti alla riforma del 2012, le dinamiche operative delle organizzazioni criminali infiltratesi nella gestione della cosa pubblica ai caratteri stessi della corruzione e concussione cd. *sistemiche*, figure di creazione giurisprudenziale che tanta fortuna avevano trovato nella giurisprudenza di merito di quegli anni, come già opportunamente segnalato nella presente trattazione, e che tuttavia verranno in certo qual modo inopportuna trascurate dal legislatore del 2012.

E così se dubbi sono stati sollevati sulla entità del fenomeno corruttivo, posta la difficoltà che caratterizza l'emersione stessa del patto corruttivo, vi è invece pressoché unanime consenso sul fatto che *“la corruzione sia uno degli elementi su cui si fonda l'azione della criminalità organizzata”*²⁸⁸. Se è dunque vero che il perpetrarsi di condotte corruttive a tutti i livelli della Pubblica Amministrazione non

²⁸⁶ *Relazione al Parlamento* del SAeT (2010), come pubblicata sul sito <http://www.irpa.eu> il 28.04.2011 - [vd nota 6]

²⁸⁷ Così si esprime ancora Bortoletti M. – in *Criminalità organizzata e Pubblica Amministrazione. Una lettura del “fenomeno corruzione” attraverso le Regioni. Obiettivo Convergenza*, da Riv. Quadr. Funzione Pubblica, Anno XVI, N. 1/2010.

²⁸⁸ Vedi al riguardo le osservazioni di Mangano F. – in *Corruzione e criminalità organizzata* da *Atti del seminario “L'area grigia della ‘ndrangheta: relazioni di complicità e collusione tra cultura, economia e politica”*, Reggio Calabria, Febbraio 2012.

si lega necessariamente a contesti in cui sono presenti forme più o meno riscontrate di criminalità organizzata, ad oggi è sicuramente possibile affermare che nei territori maggiormente interessati da dette forme di criminalità, la presenza di accordi corruttivi diviene funzionalmente strumentale ad un accrescimento della pressione mafiosa, e specialmente di quella proveniente dal mondo imprenditoriale, il quale, da legittimo interlocutore del soggetto pubblico, finisce così inevitabilmente per inquinare la dimensione più specificatamente economica dell'azione delle pubbliche amministrazioni. Ed è proprio quindi nella nuova dimensione imprenditoriale ormai assunta dalle principali organizzazioni criminali operanti sul nostro territorio che si annida il punto di contatto più florido per uno sviluppo illegale della gestione economica della cosa pubblica, uno per tutti il settore degli appalti. Tale gestione illegale, come dimostrato dalla più recente e summenzionata attività di indagine delle procure italiane, passa necessariamente attraverso il perpetrarsi di condotte di corruzione che, a mezzo della promessa ovvero dell'offerta di un indebito, permettono ad entrambi i soggetti di giungere ad un accordo reciproco, che presenta per entrambi evidenti vantaggi.

Conclusivamente, l'intervento di riforma del 2015, contemplando al suo interno un articolo appositamente dedicato alla modifica, seppure dedicata al solo arsenale sanzionatorio, della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 bis, avrebbe comunque dimostrato, secondo autorevole e recente dottrina *“la presa di coscienza da parte del legislatore della contiguità criminologica tra i due fenomeni criminosi, messa in evidenza anche recentemente dalla vicenda giudiziaria di Mafia Capitale, in cui la criminalità politico-amministrativa ed economica dei cd. colletti bianchi si intreccia pericolosamente con quella violenta delle organizzazioni criminali di tipo mafioso”*²⁸⁹.

Si è detto che la riforma in commento ha però deciso di dover intervenire anche sulle tradizionali fattispecie incriminatrici del codice penale, classicamente deputate alla repressione dei fenomeni corruttivi in ambito pubblico, meglio ancora sulla loro

²⁸⁹ L'affermazione è di Cingari F. – in La nuova riforma in tema di delitti contro la P.A., associazioni di tipo mafioso e falso in bilancio, Diritto penale e processo n. 7/2015

stessa operatività. Così, l'intervento legislativo del 2015²⁹⁰ si sviluppa non a caso, e assai più ordinatamente rispetto all'unico articolo che componeva la legge n. 190/2012, in due distinti Capi: il primo Capo più in particolare, recante "*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso, nonché ulteriori modifiche al codice di procedura penale, alle relative norme di attuazione e alla legge 6 Novembre 2012, n. 190*", è quello nel quale compiutamente emerge da un lato questa nuova consapevolezza del legislatore storico rispetto alla moderna forma, per l'appunto organizzata, con la quale certa criminalità si relaziona e mantiene stabili canali di comunicazione costante con i cd. *white collars*, operanti a vario livello nell'ambito della nostra Pubblica Amministrazione; dall'altro quella dell'improcrastinabile necessità di un intervento che potesse incidere complessivamente sull'operatività stessa delle nuove fattispecie incriminatrici poste a tutela del regolare svolgersi delle funzioni della Pubblica Amministrazione, già tacciate, a pochi anni dalla loro ultima modifica, di una generale crisi di effettività. Conseguenzialmente, se l'art. 5 della legge n. 69, interviene come detto a modificare sul piano sanzionatorio l'art. 416 bis del codice penale, tutti i restanti articoli del medesimo Capo si concentrano sulle fattispecie incriminatrici classicamente preposte alla repressione dei fenomeni corruttivi.

Il Capo I comprende infatti complessivamente al suo interno 8 articoli, la maggior parte dei quali interviene tuttavia soltanto indirettamente sulle fattispecie incriminatrici in discorso, dedicando un solo intervento strutturale e diretto al delitto di concussione di cui all'art. 317 del codice penale, nell'ambito del quale la condotta costrittiva torna ad essere riferibile sia al pubblico ufficiale che all'incaricato di pubblico servizio, quest'ultimo originariamente espunto dal novero dei soggetti attivi, appena tre anni prima, dalla riforma del 2012.

Quel che in altre parole ci sembra in primo luogo doveroso sottolineare è che la nuova caratteristica dell'intervento riformatore consiste in un vero e proprio cambio di approccio nella politica criminale di repressione della corruzione in ambito pubblico; approccio che, pur dimostrandosi consapevole della dimensione

²⁹⁰ Ci riferiamo alla Legge del 27 Maggio 2015, n. 69, Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio – in G.U. n. 124, 30 Maggio del 2015.

organizzata di certa corruzione, tralascia volutamente la possibilità di riscrivere gli elementi strutturali che contraddistinguono, come già visto assai criticamente, la nuova tipicità delle principali fattispecie normative, privilegiando piuttosto un intervento prevalentemente di tipo indiretto che finisca per incidere sull'operatività complessiva delle stesse.

1.1. L'inasprimento dell'arsenale sanzionatorio, tra efficacia deterrente e nuova prescrizione.

Così, la legge di riforma del 2015, attraverso l'inasprimento dell'arsenale sanzionatorio, classicamente riconducibile all'intenzione di potenziare efficacia deterrente di una fattispecie incriminatrice, sembrerebbe voler *in primis* porre un freno alla crisi di effettività di tali reati e delle relative pene detentive. Più in particolare, attraverso l'aumento dei massimi edittali, vengono funzionalmente elevati i termini prescrizionali, assai brevi, che precedentemente costituivano il principale fianco scoperto che la crisi di effettività di tali delitti offriva ad autorevole dottrina²⁹¹. Si è già infatti visto nella prima parte della presente trattazione come i meccanismi della prescrizione estintiva, a seguito della legge n. 251 del 2005, siano inevitabilmente legati al massimo edittale di pena detentiva previsto nella fattispecie incriminatrice astratta. E tuttavia, per un'interpretazione sistemica opportunamente rispettosa del principio di irretroattività *in malam partem* di cui all'art. 2 del codice penale, occorre sottolineare che l'aumento delle pene edittali, accompagnato dall'aumento dei termini temporali necessari al consumarsi della prescrizione estintiva, non potrà operare in via retroattiva. Il nuovo regime è a rigore da ritenersi infatti complessivamente peggiorativo per la posizione dell'imputato, rispetto al regime precedente. Al riguardo si è tuttavia opportunamente sottolineata la funzione altresì eminentemente social-preventiva di tale lievitazione edittale complessiva che, se da un lato appare tradizionalmente finalizzata ad accrescere l'effettività e la capacità intimidatrice delle fattispecie penali, dall'altro si prestava "*a rassicurare*

²⁹¹ Si veda ancora, per tutti, Viganò F. in - *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015.

*l'opinione pubblica rispetto a fenomenologie criminose avvertite come particolarmente allarmanti: nel caso di specie, la corruzione politico-affaristica e le sue frequenti interrelazioni con le organizzazioni criminali, anche straniere o transanzionali*²⁹².

Nella medesima prospettiva si collocano infine, l'aumento dei minimi edittali riferibili alle medesime fattispecie. Più in particolare, si noti inoltre come, attraverso l'aumento dei minimi edittali il legislatore ottenga altresì il risultato di accrescere l'effettività della pena accessoria dell'interdizione perpetua dei pubblici uffici di cui all'art. 317bis del codice penale²⁹³.

Nella medesima direttrice che ha ispirato la riforma in commento si collocano altresì le nuove discipline del rito alternativo del patteggiamento (art. 444 c.p.c.) e dell'istituto sospensivo della sospensione condizionale della pena (art. 165 c.p.), che divengono entrambi istituti ad accesso condizionato, e ciò evidentemente al fine di ostacolare l'accesso a tali istituti, ritenuti i principali responsabili della mancata esecuzione della pena detentiva²⁹⁴ prevista per le fattispecie di corruzione e concussione.

Per quel che riguarda il beneficio della sospensione condizionale della pena, essa diviene, nei casi di condanna per i reati previsti dagli art. 314 e da 317 a 322bis, *“comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta”*²⁹⁵, e ciò lasciando invariato il diritto

²⁹² Così Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015.

²⁹³ Siffatta ricaduta esterna sulla pena accessoria di cui all'art. 317 bis del codice penale è rilevata dal Cingari F. – in *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, Diritto penale e processo, 2015.

²⁹⁴ Così ancora Cingari F. – in *La nuova riforma in tema di delitti contro la P.A., associazioni di tipo mafioso e falso in bilancio*, Diritto penale e processo n. 7/2015; ma anche Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015.

²⁹⁵ Così nel nuovo comma 4 dell'art. 165 del codice penale, come modificato dall'art. 2 della legge n. 69 del 2015.

all'ulteriore eventuale risarcimento del danno. Analogamente, a norma del nuovo comma 1ter dell'art. 444 del codice di procedura penale, nell'ambito di procedimenti inerenti le medesime ipotesi delittuose, la stessa ammissibilità dell'eventuale richiesta di patteggiamento, proveniente dall'imputato ovvero dal pubblico ministero, "è subordinata all'integrale restituzione del prezzo o del profitto del reato"²⁹⁶.

1.2. La nuova rilevanza delle condotte risarcitorie: la sanzione obbligatoria della riparazione pecuniaria (art. 322 quater) e la nuova circostanza attenuante ad effetto speciale (art. 323 comma 2)

In generale, nonostante le critiche all'operatività stessa dei nuovi meccanismi, mosse da autorevole dottrina²⁹⁷ in sede di primo commento e specie rispetto all'inedita, contestuale ed autonoma previsione di una riparazione pecuniaria, il legislatore del 2015 riesce nell'apprezzabile intento di far emergere una nuova e determinante efficacia processuale di condotte a carattere risarcitorio e ripristinatorio da parte dell'imputato.

Più in particolare, emerge per le sue peculiari caratteristiche l'introduzione di una nuova sanzione a contenuto patrimoniale, significativamente rubricata *riparazione pecuniaria*, di cui all'art. 322quater: in caso di sentenza di condanna per alcuni reati, tra i quali per l'appunto la concussione (art. 317), la nuova corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318), la corruzione impropria (art. 319) e la corruzione in atti giudiziari (art. 319 bis), nonché la nuova fattispecie di induzione indebita (art. 319 quater), viene previsto l'obbligo per il giudice di ordinare sempre il pagamento di una somma di denaro pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal soggetto pubblico, e ciò precipuamente a titolo di riparazione in favore dell'amministrazione di appartenenza del soggetto agente qualificato. Tale sanzione

²⁹⁶ La modifica all'art. 444 cpp, appena esaminata, si deve all'art. 6 della legge n. 69 del 2015.

²⁹⁷ Tra gli altri, si concentra su alcuni disordini dell'operatività complessiva del nuovo sistema di repressione Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015.

infine, per espressa disposizione legislativa, lascia impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Infine, nell'ulteriore ed ultimo orizzonte di un intervento legislativo specificatamente volto a favorire anche l'emersione del *pactum sceleris*, e dunque l'accertamento anticipato della connessa responsabilità, viene introdotta una nuova circostanza attenuante speciale (art. 323 bis c.p.) che garantisce una significativa riduzione di pena, da uno a due terzi, a chi, non importa se in qualità di corrotto o di corruttore, si adoperi efficacemente in una serie di condotte, tutte decisamente collaborative, e dunque favorisca *ab origine* l'emersione del *pactum sceleris*, attraverso la denuncia e la collaborazione diretta con l'autorità, provocando così la rottura del patto corruttivo.

1.3. I flussi informativi obbligatori: il ruolo dell'ANAC

A seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2015, si assiste infine alla espressa previsione di un meccanismo di comunicazione costante e diretto tra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa, volte alla repressione dei delitti di corruzione. Sin dal primo atto che apre la fase processuale del procedimento, e dunque nel momento stesso dell'esercizio dell'azione penale, determinatosi in tal senso rispetto ad uno dei delitti previsti tra l'art. 317 e l'art. 322 bis, cui va aggiunto anche il nuovo delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 bis, il pubblico ministero ha infatti l'obbligo preciso di informare il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. A tale risultato, il legislatore del 2015 perviene attraverso una modifica diretta delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie che accompagnano il codice di procedura penale, positivizzando al loro interno un vero e proprio obbligo di informativa gravante sull'organo titolare dell'azione penale²⁹⁸. Il

²⁹⁸ Così dispone l'art. 7 del Capo I della legge n. 69/2015, di cui riportiamo il dispositivo integrale: **Art. 7.** Informazione sull'esercizio della azione penale per fatti di corruzione. 1. All'art. 129 comma 3 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al Dlgs. 28 luglio 1989 n. 271, è aggiunto infine il seguente periodo: "*Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322, 322 bis, 346 bis, 353 e 353 bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia della imputazione*".

contenuto oggettivo di tale obbligo informativo è a dire il vero specificato in senso assai generico dal legislatore come “*notizia dell'imputazione*” ed ha letteralmente come destinatario diretto il Presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione, onde per una corretta interpretazione sistemica del nuovo obbligo s’impone una lettura combinata della disposizione legislativa in esame con il richiamato art. 129 delle *Norme di attuazione, coordinamento e transitorie* del codice di procedura penale, sul quale il legislatore ha inteso espressamente intervenire. In generale la previsione specifica di flussi informativi verso l’Autorità nazionale anticorruzione ha la precipua finalità di predisporre il collegamento tra gli uffici della procura e l’autorità amministrativa, e quindi il collettamento da parte di quest’ultima delle informazioni relative allo stato dei procedimenti penali avviati sul territorio nazionale *in subiecta materia*, onde favorire un esercizio effettivo da parte dell’ANAC dei poteri riferibili all’attività di prevenzione amministrativa. In tal senso si muove del resto anche il nuovo comma 32 bis dell’art. 1 della legge n. 190 del 2012, che il legislatore del 2015 ha opportunamente provveduto a modificare, che prevede l’obbligo per i giudici amministrativi di trasmettere all’ANAC “*ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, in esito ad una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte od atti contrastanti con le regole della trasparenza*”. La trasmissione dell’autorità giurisdizionale amministrativa è specificatamente circoscritta alle controversie concernenti le materie di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 comma 1 lett e) del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo del 2 Luglio 2010, n. 104, ovvero le controversie in materia di appalti²⁹⁹.

²⁹⁹ Di seguito riportiamo il testo della disposizione normativa richiamata dall’art. 8 comma 3 della legge n. 69/2015, di cui all’art. 133 del c.p.a. : “**art. 133.** Materie di giurisdizione esclusiva. **1.** Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge (...) **lett. e)** le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (...); 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica”.

1.4. I punti di crisi della riforma del 2015

Pertanto, ed in conclusione rispetto a quanto sinteticamente analizzato, nell'intervento di riforma del 2015 accanto ad inedite prospettive di approccio alla repressione dei fenomeni corruttivi, tra cui spicca la nuova circostanza attenuante (art. 323 bis cp) di chiara impronta premiale, in relazione a condotte di collaborazione implicanti la rottura del patto corruttivo, convivono chiare esigenze di annullare la crisi di effettività riferita alle neo fattispecie delittuose, tradizionalmente poste a tutela dell'efficienza e del buon andamento della Pubblica Amministrazione: quest'ultima direttrice legislativa ha trovato eminentemente sfogo nell'inasprimento dell'arsenale sanzionatorio, con funzionale dilazionamento dei termini di maturazione della prescrizione, ma altresì nell'imposizione, in caso di sentenza di condanna, di una nuova condotta obbligata a carattere segnatamente riparatorio-risarcitorio, che interviene tuttavia solo a seguito dell'accertamento definitivo da parte del giudice, e pur sempre nella forma della riparazione, di carattere pecuniario, in favore dell'amministrazione di appartenenza del condannato (art. 322 quater cp). Quel che s'intende sottolineare è che, solo in senso oggettivo e contenutistico, nella medesima prospettiva adottata dal nuovo art. 322quater, si collocano le disposizioni della riforma volte a subordinare a condotte generalmente riparatorie anche il beneficio della sospensione condizionale della pena, di cui all'art. 165 del codice penale, nonché l'accesso al rito alternativo del patteggiamento (art. 444 cpp): quest'ultimo istituto è difatti incasellabile in un momento che tuttavia precede all'accertamento definitivo da parte del giudice penale, mediante emanazione di un provvedimento giurisdizionale. Al riguardo tuttavia, ma in una prospettiva di lettura generale dell'intervento di riforma del 2015, secondo l'autorevole dottrina del Mongillo, *“la rimozione di quanto il pubblico agente abbia indebitamente tratto dalla commissione dei principali delitti contro la pubblica amministrazione”* diviene segnatamente, a parere dell'Autore, *“il fil rouge che congiunge l'inedita sanzione pecuniaria, etichettata formalmente come ‘riparatoria’ (art. 322quater c.p.) alle modifiche concernenti i contenuti positivi della sospensione condizionale della pena (nuovo comma 4 dell'art. 165 c.p.) e il rito del patteggiamento (novello comma 1ter*

dell'art. 444 cpp)³⁰⁰. Per l'autore infatti, le citate innovazioni legislative, si collocano idealmente nella medesima direttrice politico-criminale del recupero coatto del vantaggio illecito, ovverosia del lucro indebitamente ottenuto dal funzionario pubblico. Tale inedita ed essenziale matrice che ispira il legislatore del 2015, si distanzia notevolmente dal classico percorso intrapreso dal nostro ordinamento in materia di corruzione pubblica; percorso che il Mongillo definisce in modo emblematico “*monoliticamente repressivo*”. Più in particolare il nuovo comma 1 ter inserito nell'art. 444 del codice di procedura penale, consentirebbe di evitare che l'imputato, semplicemente avanzando richiesta di patteggiamento, possa così sottrarsi all'applicazione della riparazione pecuniaria obbligatoria che il nuovo art. 322 quater del codice penale subordina all'emanazione di una “*sentenza di condanna*”, non ritenendosi sussumibile in detta locuzione la sentenza di patteggiamento o applicazione della pena su richiesta delle parti, quale forma alternativa di conclusione del procedimento penale.

Ulteriore significativa novità, già precedentemente richiamata, e collocabile nel medesimo solco della nuova strategia di contrasto, per così dire preventivo, al dilagare della corruzione in ambito pubblico, è quella che affronta il nodo gordiano dell'emersione stessa del *pactum sceleris*. Attraverso la previsione di una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale nell'ambito dell'art. 323 bis, basata sulla collaborazione *post delictum*, e fruibile tanto dal corruttore *extraneus* quanto dall'*intraneus* alla pubblica amministrazione, il legislatore del 2015 manifesta infatti l'evidente intenzione di “*incentivare le denunce e l'offerta di elementi decisivi a fini investigativi e di accertamento giudiziale dei fatti*”³⁰¹. Più in particolare l'art. 1 della legge n. 69 del 2015, nell'ambito di un intervento riguardante l'assetto complessivo dell'arsenale sanzionatorio che accompagna i delitti contro la pubblica amministrazione, inserisce una disposizione specificatamente volta ad aggiungere all'art. 323bis del codice penale, già contenente la circostanza attenuante della

³⁰⁰ Così Mongillo V. - in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015

³⁰¹ Così sempre Mongillo V. – in [vd. nota precedente]

particolare tenuità, un nuovo comma 2 contemplante l'attenuante in discorso³⁰²: “*Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319ter, 319quater, 320, 321, 322 e 322bis, per chi 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 degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme od altre utilità trasferite ...*”. La circostanza attenuante è altresì ad effetto speciale, in quanto contemplante una riduzione della pena da uno a due terzi.

Nonostante l'indubbia portata innovativa dell'inversione di tendenza manifestata dal legislatore del 2015 nell'approccio di politica criminale in materia di corruzione pubblica, approccio ad un tempo repressivo e preventivo, la riforma in oggetto non è stata risparmiata dalla critica di autorevole dottrina³⁰³. Tra i punti maggiormente contestati nell'analisi critica dei primi commentatori vi è peraltro proprio la nuova circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 323 bis comma 2, specificatamente finalizzata ad incentivare le condotte di collaborazione *post delictum* dei partecipanti all'accordo corruttivo. Della stessa è anzitutto discussa la natura, oggettiva ovvero soggettiva³⁰⁴.

In particolare, a sostegno della natura oggettiva della nuova attenuante è stato preliminarmente sottolineato il carattere premiale della stessa. Tale scelta di politica-criminale in materia di corruzione pubblica è stata peraltro collocata nel solco di quella già compiuta dal legislatore italiano in molti altri settori³⁰⁵. Essa assumerebbe

³⁰² Vedi art. 1 lett i) della L. 69/2015, che provvede opportunamente a sostituire la rubrica dell'art. 323 bis del codice penale con la forma plurale ‘*circostanze attenuanti*’.

³⁰³ In questa parte della trattazione ci riferiremo specialmente alla tesi del Mongillo V. come esposta nell'ultima parte dell'articolo richiamato [vd. nota 21], riservandoci tuttavia di indicare successivamente le eventuali sfumature interpretative evidenziate dalla dottrina prevalente rispetto alla tesi in commento.

³⁰⁴ Per la tesi della natura oggettiva della circostanza attenuante in esame si veda in particolare Spena A. – in *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (L. 69/2015)*, Studium Iuris, N. 10 Ottobre 2015; sostiene di converso trattarsi di circostanza attenuante di natura soggettiva Benussi C. – in *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, Diritto penale contemporaneo, 26.06.2015.

³⁰⁵ Così rileva Spena A. che la definisce “*scelta già compiuta, nel corso degli anni, in molti altri settori (dal terrorismo, e più in generale dai reati contro lo Stato, alla criminalità organizzata, dagli stupefacenti al sequestro di persona a scopo estorsivo, ecc.)*”; e ne sottolinea così il distacco rispetto alle istanze prevalenti nella dottrina precedente alla riforma, le quali propendevano piuttosto per la previsione di una causa di non punibilità in

tuttavia in *subiecta materia* carattere prettamente utilitaristico, poiché, facendo leva su considerazioni egoistiche, e dunque attinenti alla sfera soggettiva del singolo, mira pur sempre a sollecitare nel reo un calcolo materiale ed oggettivo, in termini di costi/benefici, che lo induca a preferire una condotta di collaborazione con le autorità, pur implicante la rottura degli impegni precedentemente assunti con gli altri compartecipi all'accordo corruttivo. Proprio attraverso la valorizzazione di siffatto fondamento utilitaristico della nuova attenuante, "*slegato da considerazioni circa il valore morale della scelta riparativa o collaborativa del reo*", la dottrina in commento propende per la natura oggettiva della stessa, "*(...) come è, in fin dei conti, dimostrato anche dal fatto che non è qui richiesto che la condotta del reo sia spontanea (...)*"³⁰⁶. Di converso, la dottrina che propende per la natura soggettiva della attenuante di cui al nuovo comma 2 dell'art. 323 bis c.p., si concentra sulla specifica natura dei comportamenti di ravvedimento contemplati dal legislatore del 2015 e suscettibili di determinare una riduzione significativa della pena. Più in particolare le condotte collaborative risulterebbero "*legate fra loro da un unico medesimo filo conduttore: il comportamento del colpevole deve essere, anche nei fatti, antagonista rispetto alla condotta delittuosa da lui posta in essere, così da ottenere, in complesso, un atteggiamento sintomatico di un autentico ravvedimento*"³⁰⁷. L'ipotesi attenuativa si caratterizzerebbe quindi per trovare fondamento nella volontarietà del comportamento del reo da un lato, e nell'effettivo conseguimento di un risultato vantaggioso per l'autorità procedente dall'altro: "*il contributo dovrà essere spontaneo, determinato cioè da motivi interni all'agente e non influenzato in alcun modo da fattori esterni che operino come pressione sulla spinta psicologica*"³⁰⁸. Più in particolare, trovando fondamento in una *minore capacità a delinquere* del colpevole, la nuova circostanza attenuante avrebbe natura segnatamente soggettiva e non potrebbe pertanto trovare applicazione in caso di

presenza di condotte *latu sensu* collaborative – in *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (L. 69/2015)*, Studium Iuris, N. 10 Ottobre 2015.

³⁰⁶ Sempre Spena A. – in [vd. nota precedente]

³⁰⁷ Così Benussi C. – in *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, Diritto penale contemporaneo, 26.06.2015

³⁰⁸ Così ancora Benussi C – in [vd. nota precedente].

compartecipazione criminosa. Essa non si estenderà dunque al compartecipe del patto corruttivo.

La scelta di favore operata dal legislatore del 2015 consistente nell'attribuire un riconoscimento premiale, mediante sconto di pena, alle condotte collaborative del compartecipe al patto omertoso, aveva tuttavia in generale attirato le perplessità e le critiche di larga parte della dottrina interna e della dimensione giuridica internazionale, già negli anni antecedenti alla riforma. Siffatte ragioni di contrarietà alla previsione di strategie premiali nel campo della repressione della corruzione trovarono non a caso accoglimento proprio nell'ambito della legge anti-corruzione del 2012 che volutamente ha tralasciato di prevedere qualsiasi incentivo alla rottura del patto corruttivo, e ciò non solo per riserve di tipo morale, ma altresì fiancheggiando il *diffuso scetticismo*³⁰⁹, sviluppatosi negli anni che immediatamente precedettero la riforma stessa, sulla *reale efficacia preventiva*³¹⁰ di dette strategie. Valga a titolo esemplificativo il contenuto della *Proposta di Cernobio* del 1994³¹¹, favorevole alla diretta previsione di una causa di non punibilità, comportante l'esenzione dalla pena, qualora ci si trovasse in presenza di una condotta di spontanea denuncia dell'episodio criminoso, nonché di attiva collaborazione, da parte di uno dei compartecipi al patto corruttivo. L'effetto di esenzione da pena era più in particolare subordinato alla spontaneità della denuncia che intervenisse nel termine di tre mesi dalla realizzazione dell'episodio corruttivo, comunque anteriormente all'iscrizione a registro della *notitia criminis* a nome del denunciante,

³⁰⁹ Così descrive il panorama dottrinario antecedente alla riforma del 2012, Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015 da Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015

³¹⁰ Sfavorevole all'accoglimento delle strategie premiali in materia di repressione della corruzione in ambito pubblico, è ad esempio il Seminara S. – in *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, Diritto Penale e Processo, 10/2012; ma ancor prima vedi anche Fiandaca G. – in *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, Diritto e Procedura Penale, Febbraio 2000.

³¹¹ Nota anche come 'Proposta della Statale', fu presentata ufficialmente il 14 settembre 1994, in piena Tangentopoli, da un gruppo di magistrati e docenti universitari, tra i quali G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia. In generale e per un'analisi dell'allora percezione sociale del fenomeno corruttivo, anche a seguito della presentazione di detta Proposta di riforma dei delitti di corruzione, si consenta il rinvio all'articolo di Scalfari E. – *Mani pulite ha aperto la battaglia d'autunno*, La Repubblica, 04.09.1994.

e accompagnata altresì da indicazioni utili all'individuazione degli altri responsabili, nonché alla restituzione della tangente da parte del soggetto pubblico *intraeus* ovvero di una somma equivalente a quella versata da parte dell'*extraneus*. Tuttavia, siffatte istanze sostanzialmente favorevoli alla previsione di una causa di non punibilità, dovettero anch'esse scontrarsi con un nutrito filone dottrinario³¹², dimostratosi assai scettico rispetto alla plausibilità stessa di una denuncia spontanea che potesse verosimilmente intervenire in un momento addirittura antecedente alla scoperta del fatto di reato da parte delle autorità. Il rischio insito alla previsione di una causa di esenzione dalla pena veniva peraltro rinvenuto nella possibilità di offrire al potenziale denunciante, un'arma di ricatto verso il compartecipe al patto corruttivo, affinché egli perseverasse nel compimento delle attività oggetto dello stesso³¹³.

Come si è anticipato infine, anche dal contesto internazionale venivano avanzate aspre critiche all'adozione di strategie premiali nell'ambito della repressione della corruzione pubblica. Significative in proposito le rilevazioni del *Working Group on Bribery in International Business Transactions*, principalmente attinenti alle politiche di attuazione in ambito OCSE della Convenzione del 18 Dicembre del 1997 in materia di lotta alla corruzione di pubblici ufficiali nelle operazioni economiche internazionali, ratificata anche dall'Italia con legge n. 300 del 2000. Tale organo si è sempre dimostrato complessivamente restio alla approvazione, nell'ambito degli ordinamenti penali degli Stati membri ratificanti suddetta Convenzione, di politiche di contrasto alla corruzione internazionale, implicanti l'attribuzione di un'efficacia premiale ad eventuali condotte processuali *latu sensu* collaborative, eventualmente poste in essere dal reo. La ragione di siffatto sfavore sono rinvenibili, come sottolineato anche da autorevole dottrina, nei caratteri essenziali delle politiche OCSE di contrasto alla corruzione in ambito internazionale, le quali risultano “*polarizzate esclusivamente sull'offer side della corruzione, cioè sulle condotte del*

³¹² Critico tra gli altri Grosso C.F. – in *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il Progetto anticorruzione di Mani Pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, Cass. pen., 1994; ma si veda altresì Sessa A. – in *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 1996

³¹³ Così ancora Fiandaca G. – in *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, Riv. It. Diritto e Procedura Penale, Febbraio 2000

*privato corruttore (...) Svaniscono così i vantaggi probatorio-processuali legati alla cooperazione dell'extraneus con le autorità inquirenti, giacchè non v'è alcuna garanzia che il pubblico agente straniero, contro il quale neppure lo Stato di provenienza del privato può procedere penalmente, sia perseguito dalle autorità locali...»³¹⁴. Si consideri inoltre il dato criminologico del non inverosimile coinvolgimento in fatti di corruzione internazionale di alte cariche istituzionali, quali Capi di Governo o di Stato, il cui peculiare *status* giuridico, potrebbe altresì disincentivare l'*extraneus* a porre in essere una qualsiasi condotta di tipo collaborativo. Per queste ragioni, molti dei *reports* pubblicati dal Wgb hanno verosimilmente indotto alcuni degli Stati sottoscrittori della Convenzione OCSE del 1997, ad abrogare le previsioni premiali, pur previste nei loro ordinamenti interni, e variamente ancorate a condotte di *effective regret*.*

In conclusione, il legislatore del 2015, pur non osando prevedere direttamente una causa speciale di non punibilità, ha tuttavia coraggiosamente abbracciato l'assai discussa prospettiva premiale, pur osteggiata come appena indicato e volutamente trascurata dal precedente legislatore anticorruzione, onde favorire la rottura dell'accordo criminoso e quindi l'emersione stessa dell'episodio corruttivo. E tuttavia, già agli occhi della dottrina immediatamente successiva, emersero anche rispetto a tale scelta profili problematici, affatto trascurabili, se non altro in quanto inerenti all'operatività stessa della nuova circostanza attenuante nell'ambito del più ampio sistema di repressione della corruzione in ambito pubblico, che essa ha così voluto caratterizzare. In primo luogo, è stato rilevato come l'attenuante in discorso, pur trovando applicazione a tutte le ipotesi corruttive, comprese le istigazioni e la corruzione di cui all'art. 322 bis, nonché la nuova fattispecie *paracorruttiva*³¹⁵ dell'induzione indebita, sembrerebbe aver escluso dalla sua sfera applicativa la nuova fattispecie concussiva: l'eventuale concussore che decida di collaborare con le autorità denunciando i nomi di eventuali concorrenti nel reato proprio da lui

³¹⁴ Così ancora Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015

³¹⁵ Ancora, Mongillo V. definisce così la fattispecie introdotta dalla l. n. 190/2012 all'art. 319quater, a sottolinearne la natura ibrida, la vicinanza strutturale rispetto alle fattispecie corruttive – in [vd. nota precedente].

commesso, non potrà dunque beneficiare dell'attenuante in discorso³¹⁶. In secondo luogo, in sede di interpretazione sistemica della nuova significativa riduzione di pena prevista, essa potrebbe, si è detto, finire per rendere inconsistenti gli aumenti edittali caratterizzanti il nuovo arsenale sanzionatorio a seguito del medesimo intervento riformatore. *“Al riguardo, l’incentivo alla denuncia e alla collaborazione dei privati corruttori sarebbe risultato sicuramente più corposo ove il legislatore avesse limitato agli intranei alla pubblica amministrazione l’incremento delle soglie edittali di pena dei delitti di corruzione”*³¹⁷.

Occorre a questo punto dar conto dell'aspra critica mossa da certa parte della dottrina all'ipertrofica produzione legislativa che ha colpito, *in subiecta materia*, le misure in vario modo ablativo dei proventi del reato. Vi è chi in proposito ha addirittura parlato di *“patente deviazione del principio di legalità”*³¹⁸ e più in particolare dei suoi precipitati interpretativi della tassatività e determinatezza. In effetti, in sede di interpretazione sistemica del complesso degli strumenti previsti finora dal nostro legislatore per colpire direttamente gli indebiti vantaggi derivanti dalla commissione di uno dei delitti di cui agli artt. 317 e ss, si vede bene come sui proventi del medesimo reato, potrebbero in ipotesi affollarsi diverse misure ablativo, tutte legittimamente applicabili, e la concreta operatività delle quali appare pertanto verosimilmente rimessa alla paziente discrezionalità del giudice. Le differenze tra i vari strumenti coercitivi azionabili riguardano di volta in volta il tipo di reato ovvero l'oggetto stesso della misura ablativa, determinando così sovrapposizioni e disarmonie interpretative. Affianco alla tradizionale misura della confisca di cui all'art. 240 c.p., come in diversi altri settori, il legislatore anticorruzione ha nel tempo enucleato diverse ed ulteriori figure speciali, tra cui:

³¹⁶ Così anche Spina A.- in *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (L. 69/2015)*, Studium Iuris N. 10, Ottobre 2015

³¹⁷ Così ancora Mongillo V. che tuttavia aggiunge *“ma non era affatto agevole infrangere l'impostazione tradizionale che, nel nostro sistema penale, equipara nel trattamento punitivo entrambi i lati del pactum sceleris”* – in [vd. nota 35].

³¹⁸ Così si esprime Mongillo V., ma condividono la medesima impostazione critica in commento Menditto F. – in *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto' (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, Diritto penale contemporaneo, 02.02.2015; e già prima della riforma del 2015, Balsamo A. – in *Gli interventi sulla disciplina sanzionatoria e sulla ipotesi di confisca* da Mattarella B.G. e Pellissero M., (A cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

- La confisca obbligatoria di cui all'art. 322ter c.p., inserito dalla legge 300 del 2000 che ha ratificato le convenzioni internazionali più volte richiamate in materia di corruzione di funzionari della Comunità Europea e di pubblici ufficiali stranieri in operazioni economiche transnazionali. Tale misura ablativa, prevista anche nella forma per equivalente, è applicabile sia in caso di condanna che in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, di cui all'art. 444 cpp.
- La confisca obbligatoria di cui all'art. 335 bis c.p., applicabile a tutti i delitti presenti nel Capo I del Titolo II, Libro II del codice penale, e dunque a tutti delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. In tal caso, e per la verità con espressa clausola eccezionale di controversa interpretazione, il legislatore fa "*Salvo quanto previsto dall'art. 322 ter*". Lo strumento coercitivo in discorso tuttavia non contempla nella sua disciplina l'ipotesi della forma per equivalente, e trova segnatamente applicazione solo nei casi di sentenza di condanna.
- La confisca di cui all'art. 19 del dlgs. 231 del 2001, sulla cui generale operatività in materia si dirà in seguito, applicabile anch'essa agli enti collettivi unicamente in caso di sentenza di condanna.

Alle predette misure ablative, tutte applicabili *in subiecta materia* e in presenza dei necessari presupposti di legge, il legislatore del 2015 ha problematicamente altresì aggiunto la nuova sanzione obbligatoria della riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione (art. 322 quater) che, pur lasciando impregiudicato il diritto di quest'ultima al risarcimento del danno, consegue anch'essa obbligatoriamente ad una sentenza di condanna, ed ha per oggetto una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal soggetto pubblico *intraneus*, pubblico ufficiale ovvero incaricato di pubblico servizio. Al riguardo la caratteristica più problematica di tale inedita riparazione coattiva di tipo non risarcitorio, risiede sicuramente, oltre che nella sua automatica obbligatorietà, nella previsione della quantificazione forfettaria del suo concreto ammontare, specificatamente calibrata sull'ammontare dei proventi dell'illecito indebitamente ricevuti dal soggetto pubblico. La riparazione in discorso riveste altresì natura di sanzione, aggiungendosi pertanto alla pena detentiva, e procedendo quindi in via del tutto indipendente da quest'ultima anche sul piano strettamente esecutivo. La dottrina prevalente ne ha inoltre sottolineato la *natura*

incipite o *para-penale*³¹⁹, ovvero sia ad un tempo compensatoria e punitivo-deterrente.

All'inedita natura ibrida della sanzione riparatoria in discorso si aggiungono così le incertezze sul suo concreto ambito di applicazione, posto che essa sembrerebbe insistere *“su un campo già affollato di misure ablative del profitto illecitamente tratto dal reato, così da rendere proibitivo qualsiasi tentativo di differenziazione ragionevole”*³²⁰. Più in particolare preoccupano le possibili sovrapposizioni tra la sanzione in discorso e la confisca obbligatoria di cui all'art. 322 ter c.p., quest'ultima avente analogamente ad oggetto i beni che costituiscono il profitto (o il prezzo) del reato, e conseguente la condanna, oltre che l'applicazione della pena su richiesta delle parti, nonché prevista anche nella forma per equivalente. Al riguardo, l'unico profilo di differenziazione sembrerebbe potersi rinvenire sul piano processuale, posto che soltanto la confisca è applicabile in via anticipata e funzionale, attraverso la misura cautelare del sequestro preventivo. E tuttavia, anche nella prospettiva di tale ultima differenza, appare indubbio che un'eventuale applicazione cumulativa delle due misure ablative in discorso *“comporterebbe una patente violazione del ne bis in idem sanzionatorio e del principio di proporzione di cui all'art. 3 della Costituzione, scongiurabile soltanto attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente (CEDU) orientata”*³²¹. A fronte di tali preoccupanti rilievi interpretativi la medesima dottrina ha tuttavia provveduto ad indicare un verosimile spazio applicativo per l'inedita figura della riparazione pecuniaria, interpretando in essa prevalenti le istanze più marcatamente punitive. Di converso la confisca di cui all'art.322 ter c.p. assumerebbe, qualora dovesse venire ad insistere sul medesimo campo applicativo, una funzione preminentemente equilibratrice. Al riguardo assai

³¹⁹ In tal senso, oltre al Mongillo V. – in [vd. nota 20]; si esprimono anche Benussi C. – in *I delitti contro la pubblica amministrazione, vol. I, I delitti dei pubblici ufficiali*, da G. Marinucci, E. Dolcini, (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2015; e Spena A. che la definisce *“pena patrimoniale”* -in *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (L. 69/2015)*, Studium Iuris N. 10, Ottobre 2015; e vedi altresì Cingari F. che parla di sanzione pecuniaria a *“natura sostanzialmente punitiva”* – in *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, Diritto penale e processo, 2015

³²⁰ Così Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015

³²¹ Così sempre Mongillo V. – in [vd. nota precedente]

esemplificativo il caso esposto dal Mongillo, nel saggio più volte richiamato in questa parte della nostra esposizione, che riportiamo testualmente: *“Immaginiamo, per esempio, che un funzionario pubblico, imputato per peculato, restituisca spontaneamente all’amministrazione di appartenenza, prima della definizione del processo a suo carico, i beni oggetto di illecita appropriazione. In tal caso lo scopo ripristinatorio dello status quo ante perseguito dalla confisca del profitto di cui all’art. 322 ter c.p., potrà dirsi raggiunto, con conseguente preclusione della misura. Dovrà nondimeno applicarsi la sanzione, asseritamente riparatoria, di cui all’art. 322 quater? In caso affermativo, essa paleserebbe chiaramente il suo volto repressivo, di pena patrimoniale obbligatoria, non sospensibile né patteggiabile, basata su un criterio di computo fisso, e svincolata dalle stesse vicende post crimen patratum del profitto indebito”*³²².

2. La tutela del whistleblower: origini e funzioni dell’istituto. Le criticità di una disciplina carente e disorganizzata.

Ancor più consapevole dell’inevitabile necessità di operare un’inversione di tendenza rispetto all’utilizzo ormai tradizionale dello strumento repressivo del diritto penale in materia di corruzione in ambito pubblico, il legislatore del 2017 ha deciso di intervenire su un piano diverso, abbracciando una prospettiva di tutela di tipo preventivo, e segnatamente orientata all’emersione delle dinamiche corruttive, in generale a favorire la segnalazione dell’illecito direttamente da parte del dipendente pubblico o privato che, per ragioni del suo servizio, venga a conoscenza della commissione di reati od altre irregolarità. Con la legge n. 179 del 2017³²³, recante *“Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”*, il legislatore interviene a tutelare integralmente, e più ampiamente rispetto a quanto già previsto dal legislatore del 2012 per il settore pubblico, la posizione lavorativa

³²² Così Mongillo V. – in [vd. nota precedente].

³²³ E’ la legge 30 Novembre 2017 n. 179, pubblicata in G.U. del 14 Dicembre 2017, N. 291 ed entrata quindi definitivamente in vigore il giorno 29 dello stesso mese.

del cd. *whistleblower*³²⁴. Il termine *whistleblower* indica in origine l'attività dell'arbitro di calcio che segnala un'irregolarità e quindi, per estensione semantica, “*quella delle forze dell'ordine che intervengono per ripristinare l'ordine pubblico ovvero di un soggetto che innesca l'attività di un gatekeeper, dall'interno all'esterno di un ente. A quest'ultima accezione del lemma si riferisce precisamente l'A.N.A.C., in connessione con la definizione contenuta nella l. n. 190/2012 (art. 1, co. 51, rubricato “Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti”), dove il whistleblower è identificato con il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro (...)*”³²⁵. Preso dunque atto degli effetti fortemente discriminatori che non di rado ogni attività di segnalazione di illeciti in ambito lavorativo determinava, dalle reiterate discriminazioni ai licenziamenti di dubbia legittimità, passando per le arbitrarie sanzioni disciplinari ed altre tipologie di condotte a carattere ritorsivo, spesso perpetrate direttamente dal datore di lavoro, il legislatore del 2017 ha deciso di intervenire direttamente in ambito giuslavoristico, oltre che in quello della organizzazione aziendale, onde incentivare, attraverso la strutturazione di vari livelli di tutela, la predetta attività di segnalazione dell'illecito da parte del lavoratore, garantendo *in primis* la presenza di canali sicuri di segnalazione dell'illecito in ambito lavorativo, e quindi la posizione lavorativa stessa del segnalante, oltre che il suo anonimato³²⁶.

Tuttavia, occorre sottolineare come la tutela giuridica del whistleblower, inteso *in primis* quale soggetto che presta la propria attività lavorativa direttamente all'interno

³²⁴ Il termine è un prestito dall'inglese calcistico, ed indica letteralmente colui che si appresta a soffiare in un fischiello. Il whistleblower è pertanto il lavoratore che, in occasione del regolare espletamento della propria attività lavorativa all'interno di una struttura organizzata (e non necessariamente di tipo pubblico), viene a conoscenza della commissione, in ipotesi anche futura, di illeciti o irregolarità di vario genere, non necessariamente di carattere penale, e decide quindi di segnalarla personalmente alle autorità preposte.

³²⁵ Così sinteticamente premettono alla loro analisi sul primo rapporto di monitoraggio ANAC in materia, Losappio G. e Aduasio S. – in *Blowing ... in the whistle: il primo rapporto dell'ANAC sul cd. whistleblowing*, Diritto Penale Contemporaneo, 08.06.2017

³²⁶ Parte della dottrina definiva così il *whistleblower*, già prima dell'entrata in vigore dell'intervento di riforma del 2017, auspicandone una maggiore tutela dal punto di vista lavorativo ma anche più strettamente personale; così, tra gli altri, A. Naddeo – in Prefazione, da G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi, *Il whistleblowing: nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2009

della azienda pubblica o privata, tragga per la verità origine negli Stati Uniti d’America, dove da tempo, la legislazione, sia statale che federale, protegge la posizione del lavoratore che denuncia alle autorità le violazioni di cui venga a conoscenza nell’ambito della propria attività lavorativa. La legislazione statunitense, nell’unitario intento di promuovere le spontanee denunce provenienti dal contesto aziendale, è tuttavia inevitabilmente calibrata, specie per quel che riguarda la legislazione federale, alle specifiche esigenze dello Stato nell’ambito della quale essa è idonea a dispiegare la propria efficacia, nonché alle diverse politiche sociali di intervento in materia di lavoro, che possono variare sensibilmente da una regione all’altra del continente statunitense. La primissima legislazione statunitense mossasi in tal senso è ad esempio quella contenuta nel *False Claims Act* del 1863, nell’ambito del quale si ha una tutela giuridica embrionale della posizione lavorativa dei *whistleblowers* con una puntuale definizione dei concetti di licenziamento ingiusto, di molestia (*mobbing*) e di declassamento professionale. Inoltre, in una più generale prospettiva di incoraggiamento alla denuncia, il *False Claims Act* (1863), assicurava al denunciante una percentuale sull’eventuale recupero del denaro costituente il provento illecito di un reato di truffa (*fraud*). Agli inizi del XX° secolo, la tutela del *whistleblower* si estende poi più specificatamente alla posizione lavorativa degli impiegati federali che si fossero risolti a segnalare eventuali violazioni di loro conoscenza, direttamente al Congresso degli Stati Uniti d’America: è il *Lloyd-La Follette Act* del 1912, la legge federale che si concentra prevalentemente sulla protezione del denunciante da eventuali possibili condotte ritorsive sul piano più strettamente personale, qualora sia possibile ricollegare le stesse alla previa segnalazione dell’illecito da parte della vittima di ritorsione. Nel 1989 è stato infine approvato il *Whistleblower Protection Act*, una legge federale che estende la protezione giuridica del *whistleblower* agli impiegati governativi, calibrandola alla specificità della posizione lavorativa ricoperta da questi ultimi³²⁷.

Per quel che riguarda l’Italia, l’attenzione al fenomeno del *whistleblowing* nel settore privato ha indubbiamente ricevuto un primo notevole impulso dall’introduzione, da

³²⁷ Così, e in generale per una analisi più ampia delle caratteristiche peculiari della legislazione statunitense in materia, Liguori G. – in *La disciplina del whistleblowing negli Stati Uniti*, da Riv. Resp. Amm. Enti, 02/2014, reperibile su www.rivista231.it.

parte del decreto legislativo n. 231 del 2001 in materia di responsabilità degli enti dipendente da reato, di una specifica normativa disciplinante i compiti e i poteri di un nuovo organismo, interno all'ente, precipuamente deputato al controllo sull'effettività, l'attualità ed il rispetto dei modelli di gestione e organizzazione³²⁸. Più in particolare, l'art. 6 del dlgs. n. 231, al comma 2 lett. d) prevede che, nell'ambito di suddetti modelli, siano previsti specifici *“obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza”* degli stessi³²⁹. Tale organo, interno all'ente stesso ed emblematicamente denominato *“Organismo di vigilanza”* (OdV) dal legislatore del 2001, è dunque il destinatario di uno specifico obbligo informativo gravante in capo ai soggetti che prestano la loro attività lavorativa all'interno dell'ente, per la specifica determinazione del quale è possibile fare riferimento ad una specifica regolamentazione secondaria, come lecitamente previsto nell'ambito della medesima normativa³³⁰, ovverosia anche alle *Linee Guide di Confindustria*. Più in particolare, in riferimento all'oggetto della predetta comunicazione, le Linee Guida Confindustria hanno più volte ribadito come, siano le proprio le funzioni aziendali più direttamente coinvolte in attività a rischio di reato, a dover inviare specifiche segnalazioni all'OdV, non solo in merito alle *“risultanze periodiche dell'attività di controllo posta in essere dalle funzioni stesse per dare attuazione ai modelli (report riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, ecc.)”* ma altresì rispetto ad eventuali *“...anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili (un fatto non rilevante se singolarmente considerato potrebbe assumere diversa valutazione in presenza di*

³²⁸ Per una lettura in questo senso della portata innovativa del dlgs. 231, in materia di tutela del *whistleblower*, si veda in particolare il documento *“Il Whistleblowing”* pubblicato dall'Associazione dei componenti dell'Organismo di Vigilanza (AOdV), nel Novembre 2015 e reperibile presso la banca dati del sito www.aodv231.it.

³²⁹ Di seguito riportiamo il testo integrale della disposizione richiamata, di cui al Dlgs. 8 Giugno 2001, n. 231: **“Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente. 1.** Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lett a) (soggetti apicali), l'ente non risponde se prova che: (...) **lett. d)** prevede obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli”.

³³⁰ Art. 6 comma 3 del Dlgs n. 231/2001: *“3. I modelli di organizzazione e gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti (...)”*.

ripetitività o estensione dell'area di accadimento)»³³¹. Tanto premesso, per quel che attiene più specificatamente alla tutela del *whistleblower*, e dunque del soggetto che assolve debitamente al suo obbligo di segnalazione verso l'OdV, la giurisprudenza, immediatamente successiva all'entrata in vigore del decreto in commento, ha opportunamente provveduto ad individuare anzitutto in capo a “*i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società*” l'esistenza di un obbligo informativo verso l'organismo di vigilanza, e più in particolare dell'obbligo “*di riferire all'OdV notizie rilevanti relative alla vita dell'ente, alla violazione del Modello e alla consumazione di reati*”³³². Parte della dottrina³³³ ha altresì riferito l'obbligo informativo di cui all'art. 6 lett. d) anche all'organismo di vigilanza stesso, il quale, nello svolgimento del suo compito istituzionale di verifica del rispetto del modello, potrà attivarsi altresì autonomamente, conducendo iniziative *motu proprio* di indagine, volte a segnalare irregolarità al *management* aziendale.

Per quel che riguarda l'atto della comunicazione e le modalità di gestione della segnalazione essi vengono “*in genere disciplinati nei Modelli o in specifiche procedure sui flussi informativi che individuano i canali attraverso i quali effettuare le segnalazioni, gli obblighi di riservatezza in capo all'OdV ed eventuali misure anti-retaliation*”³³⁴. Nelle *Linee Guida di Confindustria* del 2014³³⁵, ad esempio, è possibile rinvenire uno specifico suggerimento in tal senso, per cui “*nel disciplinare un sistema di reporting efficace, sarà opportuno garantire la riservatezza a chi segnala le violazioni. Allo stesso tempo, sarà opportuno prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma*”; inoltre

³³¹ Così in *Confindustria, Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, 2014, n. 69 – documento reperibile alla sezione *Organizzazione e modelli organizzativi* della banca dati del sito www.confindustria.it

³³² Così in Trib. di Milano, Uff. del GIP, ord. 20 settembre 2004, n. 30382-03, come commentata da Cardani G. – in *Spunti di riflessione applicativa a partire dall'ordinanza del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004* su www.rivista231.it.

³³³ Così sostengono, tra gli altri, De Nicola A. - in *L'organismo di vigilanza nelle società di capitali*, Torino, 2015; ed altresì Abriani N. e Giunta F. – in *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in Resp. amm. enti, 2012 n. III.

³³⁴ Così ancora Attisano F., Bincoletto E., Cerretta A., Camussi P.M e altri – in *Il Whistleblowing, Relazione della Associazione dei componenti dell'Organismo di Vigilanza*, Novembre 2015, reperibile al sito www.aodv231.it

³³⁵ Ci riferiamo a *Confindustria, Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, 2014, n. 69 – in [vd. nota 52]

l'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al modello di organizzazione e gestione, veniva ricollegato dalla associazione datoriale al "più ampio dovere di diligenza e obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli articoli 2104 e 2105 del codice civile. Di conseguenza, rientrando in tali doveri, il corretto adempimento all'obbligo di informazione da parte del prestatore di lavoro non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari".

In conclusione, si vede bene come, una prima embrionale forma di tutela del *whistleblowing* sia ricollegabile alla normativa di cui al Dlgs. 231 del 2001 che, prevedendo nell'ambito degli enti di diritto privato, uno specifico obbligo informativo verso un organismo di vigilanza interno all'ente, ha indotto la giurisprudenza e la regolamentazione secondaria successive ad enucleare le modalità di assolvimento e gli specifici contenuti di suddetto obbligo, nonché l'indispensabile riservatezza e inattaccabilità sul piano disciplinare che devono assistere il *whistleblower*.

Per quel che riguarda infine il settore del pubblico impiego, si dovrà attendere la legge anticorruzione del 2012, per un'estensione della tutela del *whistleblowing* anche alla categoria del dipendente pubblico che segnala illeciti. l'art. 1, comma 51 della legge n. 190 del 2012, introduce infatti nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165³³⁶, un nuovo art. 54-bis³³⁷. La norma tutela espressamente il pubblico

³³⁶ Ci riferiamo al Dlgs. 30 marzo 2001, n. 165, Testo Unico sul pubblico impiego, da ultimo modificato proprio dalla legge n. 179 del 2017.

³³⁷ **“Articolo 54-bis Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: 1.** Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. **2.** Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. **3.** L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. **4.** La denuncia è

dipendente che denuncia o riferisce condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. In questi casi, a seguito della segnalazione, il dipendente pubblico non potrà, a motivo della sua denuncia, essere sanzionato, licenziato o diversamente sottoposto ad altra misura discriminatoria idonea a dispiegare, direttamente o indirettamente, i suoi effetti sulle condizioni di lavoro. Al comma 2 della disposizione in commento viene altresì tutelata l'identità del segnalante, la quale non potrà essere rilevata senza il suo consenso. Il principio subisce peraltro due significative eccezioni, l'una qualora il procedimento disciplinare contro la persona oggetto della segnalazione trovi fondamento in via esclusiva sulla segnalazione effettuata; l'altra qualora l'identità del segnalante risulti assolutamente necessaria per garantire la difesa del soggetto denunciato. Sempre nel solco della tutela della riservatezza e della protezione dell'identità del dipendente, l'art.54 bis prevede infine che l'atto stesso della segnalazione sia espressamente sottratto al diritto d'accesso³³⁸. Quanto infine ai destinatari della denuncia, essi vengono specificatamente ed in via preventiva individuati dal legislatore nell'autorità giudiziaria, nel superiore gerarchico, nella Corte dei Conti, ed infine nell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Nel complesso occorre altresì sottolineare come la tutela del *whistleblower*, che presti la propria attività lavorativa nel settore pubblico, prevista dall'art. 54 bis in commento, sia stata opportunamente limitata dal legislatore del 2012 ai soli casi in cui il soggetto segnalante non commetta, a mezzo della segnalazione stessa, reato di calunnia o di diffamazione ovvero non causi un danno ingiusto, rilevante ex art. 2043 del codice civile.

Parte della dottrina³³⁹, in sede di primo commento alla disciplina appena analizzata, ha evidenziato l'ambiguità di alcuni passaggi normativi. In primo luogo, è stato rilevato come il legislatore del 2012 abbia limitato la rilevanza oggettiva delle segnalazioni in discorso, alle sole violazioni conosciute dal dipendente pubblico “in

sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni”

³³⁸ Ci riferiamo al diritto all'accesso agli atti della pubblica amministrazione previsto in capo al cittadino così come disciplinato agli artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 in materia di procedimento amministrativo.

³³⁹ Ci riferiamo a Garofoli R. – in *Il contrasto alla corruzione. Il percorso intrapreso con la L. 6 Novembre 2012 n. 190 e le politiche ancora necessarie* da Diritto Penale Contemporaneo, 22.02.2013; ma vedi altresì Di Mascio F. – in *Una relazione della Commissione Europea sulle politiche anti-corruzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 2/2014.

ragione del proprio rapporto di lavoro”. Anche la Commissione Europea³⁴⁰ ha sottolineato la complessità della disciplina domestica allora vigente in materia di *whistleblowing*, sia rispetto ai profili che attengono alla tutela della riservatezza e dell’identità del segnalante, sia rispetto alla più generale laconicità del legislatore del 2012, che parrebbe aver trascurato di introdurre una disciplina *ad hoc* dei canali di segnalazione, introducendo opportuni dispositivi di protezione, oltre che alla drammatica assenza nel nostro Paese di campagne di sensibilizzazione adeguate ed idonee a promuovere una congrua cultura della legalità.

D’altra parte la stessa Autorità nazionale anticorruzione, ad appena qualche anno dall’introduzione della tutela del *whistleblower* nell’ambito del Testo Unico sul pubblico impiego, all’interno di una sua *Relazione* annuale³⁴¹, rilevava la presenza di numerose criticità nella disciplina in discorso, suggerendone un’opportuna correzione. Più in particolare, all’interno di detta *Relazione*, si segnalava l’inopportunità di una serie di previsioni, *in primis* di quelle che indirizzano la denuncia del *whistleblower* direttamente alla figura del superiore gerarchico. Viene inoltre segnalata la mancanza di una tutela specifica della riservatezza circa l’identità del *whistleblower*, qualora la denuncia venga invece inoltrata all’ANAC, all’Autorità giudiziaria, ovvero alla Corte dei Conti. Infine, l’ANAC non manca di avanzare dubbi circa la concreta applicazione della tutela del dipendente che segnala illeciti nell’ambito degli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché nell’ambito degli enti pubblici economici. Tutte le predette criticità rilevate in materia, sono così inevitabilmente confluite nella successiva analisi effettuata dall’Autorità Nazionale Anticorruzione in sede di emanazione di apposite *Linee guida*³⁴², proprio in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti. Il documento fornisce anzitutto chiarimenti circa le condotte oggetto di segnalazione, che devono specificatamente riguardare situazioni di cui il soggetto sia venuto direttamente a conoscenza “«in

³⁴⁰ Ci riferiamo a *Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione* stilata in seno alla Commissione Europea nel Febbraio 2014 e reperibile al sito www.ec.europa.eu.

³⁴¹ Ci riferiamo alla *Relazione annuale* stilata da A.N.A.C. in riferimento all’anno 2014 e presentata alla Camera dei Deputati il 2 luglio 2015 – il documento è reperibile nella banca dati del sito www.anticorruzione.it.

³⁴² Il documento richiamato è la determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015, titolata “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*”, e pubblicata in G.U. del 14 maggio 2015, n. 110.

ragione del rapporto di lavoro», ossia a causa o in occasione di esso”. Le *Linee Guida* del 2015 provvedono infine a colmare alcune delle lacune legislative già rilevate da ANAC, predisponendo specifici presidi volti alla tutela della riservatezza dei dipendenti che si decidono ad effettuare la segnalazione, nonché disciplinando alcune modalità-tipo da utilizzare per la gestione delle segnalazioni e per la formazione del personale.

In conclusione a quanto detto, si vede bene come, prima dell'intervento di riforma del 2017, la tutela del *whistleblowing* nell'ambito del nostro ordinamento, fosse anzitutto caratterizzata da una varietà di fonti normative, oltre che dal difficile coordinamento delle stesse, finendo per garantire una protezione giuridica alquanto disorganizzata al segnalante, e per così dire a macchia di leopardo, ovverosia strutturata diversamente in ragione del settore, privato o pubblico, nell'ambito del quale egli si trovasse concretamente a prestare la propria attività lavorativa. E tuttavia, come vedremo in seguito, non è sempre facile distinguere in quale settore si stia estrinsecando l'attività lavorativa del segnalante, si pensi ad esempio agli enti pubblici economici, ovvero alle società sottoposte a controllo pubblico o partecipate da enti pubblici locali. Peraltro, tali ultimi enti, presentano diverse problematiche anche rispetto alle discipline di prevenzione del reato, attualmente vigenti in materia di corruzione in ambito pubblico, come sarà opportunamente rilevato nell'ultima parte del presente capitolo.

2.1. La riforma del 2017: tra insufficienza repressiva e prematura promozione di una cultura della legalità?

Il testo della legge del 30 novembre del 2017, n. 179 si compone di tre articoli. In particolare, l'art. 1 interviene a modificare direttamente l'art. 54 bis del Testo Unico del Pubblico Impiego, di cui al Dlgs. n. 165 del 2001, in materia di tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti. Nell'ambito di tale disposizione il legislatore concentra innanzi tutto alcune significative innovazioni concernenti le modalità stesse della segnalazione, ivi compresa la garanzia dell'anonimato per il lavoratore segnalante, attraverso la previsione della piena riservatezza sulla sua

identità, oltre che sul contenuto stesso della segnalazione rispetto alla quale viene stabilita espressamente l'assoluta inaccessibilità, e ciò anche qualora egli decida di provvedervi per via informatica. A tali previsioni si aggiungono quelle più specificatamente volte a tutelare la posizione del lavoratore nel momento immediatamente successivo alla segnalazione, soprattutto attraverso la garanzia della reintegrazione nel posto di lavoro per il dipendente eventualmente licenziato a motivo della sua condotta di *whistleblowing*. Sempre secondo quanto previsto dall'articolo 1, viene espressamente escluso dall'ambito della predetta tutela il dipendente che, a seguito della denuncia di atti illeciti nelle previste modalità, divenga destinatario di condanna in sede penale, e ciò quand'anche in solo primo grado, per reati di calunnia, di diffamazione, ovvero per altri reati commessi a mezzo della denuncia. Stessa esclusione conseguirà all'accertamento della responsabilità civile del lavoratore per dolo o colpa grave.

L'art. 2 della legge estende la portata della nuova disciplina anche al settore privato. La nuova tutela del whistleblowing opererà in particolare anche rispetto ai lavoratori dipendenti o collaboratori di imprese che forniscono beni o servizi alle Pubbliche Amministrazioni. Più in particolare, il legislatore interviene espressamente sull'art. 6 del Dlgs. 231 del 2001, inserendovi tre nuovi commi che prevedono in particolare un nuovo contenuto dei modelli di organizzazione e gestione. Tali modelli dovranno in particolare arricchirsi dei seguenti contenuti: *“a) uno o piu' canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonche' di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si*

*rivelano infondate*³⁴³. Si tratta di un intervento assai significativo, posta l'efficacia scriminante nei confronti dell'ente che un modello di organizzazione e gestione, opportunamente dotato dei contenuti e dell'efficacia previsti dall'art. 6 in commento, è idoneo a possedere rispetto alla configurazione stessa di una responsabilità amministrativa in capo all'ente, dipendente in particolare dalla commissione di uno dei reati – presupposto da parte di un soggetto apicale. Infine, anche in questo caso viene ribadita la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante, nonché quella del mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del cod. civ. e di qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti dello stesso³⁴⁴, ivi compreso il suo eventuale trasferimento.

La principale novità infine che riguarda l'integrale disciplina volta alla tutela del *whistleblowing* è quella che presiede alla ripartizione dell'onere probatorio. In particolare, l'onere di provare che le misure discriminatorie o ritorsive adottate nei confronti del segnalante, ivi compreso il suo eventuale licenziamento, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione da questi effettuata, sarà a carico dell'amministrazione ovvero del datore di lavoro.

Il terzo ed ultimo art. 3 della legge si occupa di introdurre una giusta causa di rivelazione del segreto d'ufficio, professionale, scientifico e industriale, nonché di violazione dell'obbligo di fedeltà all'imprenditore, costituita dal perseguimento di un interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, da parte del solo dipendente³⁴⁵

³⁴³ Così dispone il nuovo comma 2bis dell'art. 6 del Dlgs. 231 del 2001, così come modificato dall'art. 2 della legge n. 179 del 2017.

³⁴⁴ Così dispone pertanto il nuovo comma 2 quater dell'art. 6 del Dlgs. 231 del 2001: “Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. E' onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa”.

³⁴⁵ n.d.r. Ma si noti bene, il comma 2 dello stesso art. 3 prevede che la prevista giusta causa di rivelazione del segreto non si applichi quando l'obbligo del segreto professionale “*gravi su chi sia venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata*”. Ed infine

che segnali illeciti, nelle ipotesi previste dagli articoli precedenti, e dunque sia nel settore pubblico che in quello privato che si ponga a servizio di una pubblica amministrazione.

Nel giugno del 2017, a pochi mesi dalla definitiva approvazione della legge sulla tutela del whistleblower, e più in particolare a distanza di oltre tre anni dalla prima norma introdotta dal legislatore in materia, volta a tutelare la sola posizione del dipendente pubblico che segnala illeciti³⁴⁶, sono stati presentati, presso la sede dell'ANAC, i risultati del secondo monitoraggio nazionale sul *whistleblowing*, accompagnati dal prototipo di una applicazione concreta per la gestione della segnalazione di illeciti. L'attività di monitoraggio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione si è più in particolare basata sulle segnalazioni giunte all'Ente da un *campione significativo* di pubbliche amministrazioni e società partecipate, “*al fine di individuare alcune caratteristiche del segnalante italiano, la tipologia di condotte illecite denunciate e gli esiti dalle stesse scaturiti*”³⁴⁷. Preliminarmente il Rapporto segnala che il concetto di corruzione preso a riferimento per le attività di monitoraggio dell'Autorità ha un'accezione ampia, comprensiva di varie situazioni di espletamento dell'attività amministrativa nell'ambito delle quali si sia riscontrato una generica condotta di abuso da parte di un soggetto pubblico, al fine di ottenere indebiti vantaggi privati. Pertanto, le situazioni analizzate, e considerate rilevanti ai fini del collettamento dei dati del secondo monitoraggio annuale intervenuto in materia, non necessariamente debbono essere considerate sussumibili nell'ambito di taluna delle fattispecie incriminatrici di cui agli articoli 317 e ss. del codice penale, potendo semplicemente rilevare anche la mera *segnalazione di un mal funzionamento*

a norma del comma 3 dello stesso articolo, si intende comunque violazione del relativo obbligo di segreto, e dunque anche in relazione alla segnalazione del lavoratore dipendente, “*la rivelazione con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito e, in particolare, la rivelazione al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine*”.

³⁴⁶ Il riferimento è all'art. 1 comma 51 della Legge 6 novembre 2012 n. 190 che ha effettivamente introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento un sistema di segnalazione garantito per il lavoratore dipendente, sia pure nel solo ambito del settore pubblico, attraverso la previsione di un nuovo art. 54bis proprio nel corpo del Testo Unico sul Pubblico Impiego, di cui al Dlgs. 165 del 2001.

³⁴⁷ Così nella Relazione che accompagna il documento “*Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*” a cura di Cantone R., Parisi N., Valli L., Corrado A. e Greco M.G. - reperibile sul sito www.anticorruzione.it.

dell'amministrazione pubblica a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ad un soggetto, direttamente operante all'interno della stessa, ovvero di un inquinamento complessivo dell'azione amministrativa proveniente ab externo, e ciò quand'anche tale influenza rimanga al mero stadio del tentativo. Nonostante l'ampiezza dunque delle tipologie di segnalazioni provenienti dal settore pubblico e considerabili rilevanti ai fini delle attività di monitoraggio, l'Autorità non manca di sottolineare come, ad appena qualche anno dall'introduzione della disciplina della tutela del whistleblowing nel settore pubblico da parte della riforma del 2012, “la disciplina ha ricevuto da parte delle amministrazioni una applicazione che può oggettivamente ritenersi poco soddisfacente: da una parte, infatti, deve considerarsi che quasi tutte le amministrazioni hanno semplicemente adottato una procedura informatica con annesso indirizzo mail per ricevere le segnalazioni; dall'altra parte deve considerarsi che poca attenzione hanno posto alla possibilità di affiancare questa norma con percorsi di formazione in grado di avviare un cambiamento culturale capace di modificare la percezione diffusa che “soffiare nel fischiello” sia un comportamento affine alla delazione”³⁴⁸. A pochi mesi dall'approvazione definitiva della legge che estende la tutela del whistleblower anche al settore privato, la principale Autorità nazionale referente in materia di corruzione nel settore pubblico e privato aveva pertanto opportunamente sottolineato, in sede di monitoraggio, come la già la neo introdotta disciplina del 2012, operante per il solo settore pubblico, rischiasse di prestare inevitabilmente il fianco ad aspre critiche da parte della dottrina quanto alla sua concreta efficacia preventiva. Il demerito di siffatto deficit preventivo viene in particolare attribuito alla carenza nel nostro ordinamento di un sostrato culturale idoneo a diffondere una matura consapevolezza dell'utilità sociale della denuncia: “(...) è del tutto evidente che una tale “rivoluzione culturale” si può avviare solo se la persona che ha conoscenza della condotta illecita percepisca il vantaggio che dalla critica, dalla segnalazione, dalla denuncia può derivare, sia in termini individuali che collettivi”³⁴⁹. Nel medesimo Rapporto

³⁴⁸ Così si esprime Corrado A. – in *La disciplina italiana e le prospettive di riforma da Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*, (a cura di) Cantone R., Parisi N., Valli L., Corrado A. e Greco M.G., www.anticorruzione.it.

³⁴⁹ Così ancora Corrado A. – in [vd. nota precedente]

A.N.A.C. che accompagna i documenti del monitoraggio, viene altresì rilevata una concreta criticità operativa caratterizzante la posizione del Responsabile della Prevenzione della Corruzione. In particolare, in base ai dati elaborati dall’Autorità è stato possibile affermare che nella maggior parte dei casi tale soggetto, nell’esercizio stesso delle sue funzioni, è inevitabilmente chiamato a scontrarsi *con le molteplici carenze normative e i diversi aspetti di criticità che hanno inciso sul marginale utilizzo e/o sul mal funzionamento di questo strumento di prevenzione. Tra quest’ultimi, le interferenze dei vertici dell’amministrazione, dell’organo di indirizzo politico e la diffusa resistenza culturale nei confronti del whistleblower, tanto evidente da rendere ancora difficile trovare un termine italiano che non abbia l’accezione negativa di delatore o spia. A tutt’oggi, la segnalazione, all’interno delle amministrazioni pubbliche, più che strumento di prevenzione del rischio, viene ancora percepita come un ‘elemento di rischio’ (...) da una fetta di dipendenti pubblici, le condotte illecite e la mala gestio vengono ritenute, non come una ‘deviazione’ ma, come una ‘forma connaturale’ della condotta amministrativa*³⁵⁰. In tale contesto, appare evidente come per l’RPC incoraggiare l’atto del whistleblower, in sostituzione dell’eventuale superiore gerarchico connivente, diventi assai più complicato. Per superare le criticità evidenziate e non far perdere efficacia all’istituto, “è, pertanto, di fondamentale importanza che i vertici di ciascuna amministrazione effettuino un forte investimento sul RPC, con un orizzonte temporale almeno a medio-termine, superando una gestione emergenziale e meramente burocratica del whistleblowing e approntando una gestione strutturale ed efficace dell’istituto giuridico”³⁵¹. Il rivolgimento culturale indispensabile alla promozione di una vera e propria cultura della denuncia socialmente utile dovrebbe pertanto passare attraverso la valorizzazione della figura del Responsabile della Prevenzione della Corruzione, ed in particolare attraverso la promozione di forme di attività congiunta dei vari RPC operanti nell’ambito di un medesimo territorio di riferimento, senza trascurare l’importante ruolo dei corsi di informazione e

³⁵⁰ Così Greco M.G. - in *Il ruolo del Responsabile della Prevenzione della Corruzione nel whistleblowing da Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l’Italia investe nel whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*, (a cura di) Cantone R., Parisi N., Valli L., Corrado A. e Greco M.G., www.anticorruzione.it

³⁵¹ Ancora così Greco M.G. – in [vd. nota precedente].

formazione, promossi direttamente dalle Pubbliche Amministrazioni in seno alle quali gli stessi operano.

Conclusivamente, lungi dal costituire un intervento legislativo di mero adattamento ed estensione al settore privato della disciplina del *whistleblowing*, la legge n. 179 del 2017 sembrerebbe aver, e assai problematicamente, traslato le medesime criticità caratterizzanti la disciplina in discorso, direttamente al settore delle imprese private che offrono beni e servizi alle pubbliche amministrazioni e nell'ambito delle quali la disciplina in discorso finisce inevitabilmente per scontrarsi perfino con ulteriori carenze, stavolta di tipo eminentemente organizzativo, che caratterizzano la prevenzione del rischio di reato all'interno delle organizzazioni complesse, e ciò quand'anche più o meno soggette al controllo pubblico.

3. Responsabilità degli enti e modelli di organizzazione e gestione come strumenti di prevenzione del rischio di reato.

Il decreto legislativo dell'8 giugno del 2001³⁵², recante la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, dipendente da reato, ha segnato indubbiamente un punto di svolta decisiva nella persecuzione della criminalità d'impresa, istituendo per la prima volta nel nostro ordinamento una forma autonoma di *corporate liability* e dunque la possibilità stessa di imputare agli enti, intesi quali soggetti *metaindividuali*³⁵³ e non necessariamente forniti di personalità giuridica, una responsabilità, sulla cui natura ancora si discute, direttamente discendente dalla commissione di uno dei reati-presupposto da parte di soggetto *apicale* ovvero di soggetto subordinato, così come definiti dall'art. 5 comma 1, rispettivamente alle lett. a) e b). In entrambi i casi si assiste, in conformità a quanto imposto dalla legge di

³⁵² Ci riferiremo in questa parte alla disciplina contenuta nel Dlgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300* [G.U. del 19.06.2011 n. 140], così come da ultimo modificato dalle leggi 27 maggio 2015, n. 69 e 29 ottobre 2016, n. 199.

³⁵³ Così De Simone G. – in *La responsabilità da reato degli enti : natura giuridica e criteri oggettivi di imputazione*, Diritto penale contemporaneo, 28.10.2012; e per una definizione analoga si veda altresì Lattanzi G. che riassume la dottrina precursora della *corporate liability* nel brocardo *societas delinquere potest et puniri debet* – in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dlgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010

delega del 2000³⁵⁴, all'enucleazione di un unico criterio oggettivo di imputazione della responsabilità all'ente, il cd. criterio dell'*interesse* o *vantaggio*. Pertanto, il riferimento alle predette categorie di soggetti, apicale ovvero subordinato, "*sebbene indispensabile alla tipicità dell'illecito, ancora non è sufficiente, perché non consente di (...) tratteggiare l'imputazione, sul piano oggettivo, del reato all'ente*"³⁵⁵. La differenziazione tra soggetti agenti all'interno della compagine organizzativa societaria, e cioè tra soggetto che commette il delitto da una posizione cd. *apicale*, ovvero in quanto soggetto *sottoposto* alla direzione o vigilanza di uno degli apicali, riemerge tuttavia quanto a configurazione del criterio soggettivo di imputazione, che viene dal legislatore diversamente modulato a seconda che si sia in presenza di reato presupposto commesso da un soggetto apicale (art. 6) ovvero da soggetto subordinato (art. 7). Già ad una prima lettura, non solo degli artt. 6 e 7 del Dlgs. 231 del 2001, ma anche del complessivo articolarsi dell'apparato sanzionatorio emerge un comune denominatore, e cioè la centralità rispetto, sia ai criteri che definiscono l'imputazione soggettiva, sia rispetto l'operatività stessa della sanzione e della tutela cautelare, dei cd. *modelli di organizzazione e gestione* del rischio, documenti solo parzialmente assimilabili ai cd. *compliance programs* di origine statunitense. I MOG in particolare, vengono strutturati dal legislatore come strumenti di efficace prevenzione e di generale riabilitazione dell'ente alla legalità, la quale ultima potrebbe in ipotesi intervenire, e se non altro quale dimostrazione dell'ente di essersi efficacemente adoperato in tal senso, anche in un momento successivo rispetto a quello dell'accertamento della commissione di un illecito, in termini più o meno compiuti, da parte dell'autorità procedente. Al riguardo, si veda ad esempio il Capo IV della Sezione III del Decreto, ed in particolare l'art. 49 che disciplina un apposito meccanismo di sospensione della misura cautelare ove l'ente richieda al giudice di poter realizzare *gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive*, di cui all'art. 17; e ciò in coerenza con la sostanziale

³⁵⁴ Meglio ancora dall'art. 11 della legge di delega n. 300 del 2000, puntualmente adempiuta in termini di imputazione da parte del legislatore delegato; non così per quel che riguarda il catalogo dei reati presupposto, significativamente ridotto dal Governo a causa delle pressioni provenienti dall'allora panorama imprenditoriale nostrano.

³⁵⁵ Così ancora Lattanzi G., che depone peraltro per una lettura della disgiuntiva "o" in chiave di endiadi, onde meglio definire la relazione intercorrente tra i due termini – in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dlgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010

coincidenza contenutistica tra sanzioni interdittive e misure cautelari, quest'ultime definite sanzioni interdittive applicabili in via anticipata dal giudice della cautela, e quindi in qualità di misura cautelare.

In generale, l'operatività stessa dei MOG nell'attuale configurazione della responsabilità amministrativa dell'ente è stata ben presto definita da autorevole dottrina³⁵⁶, quale inedito strumento di prevenzione rispetto alla commissione di reati – presupposto nell'ambito della compagine societaria, e quindi come avamposto della riabilitazione alla legalità di imprese che, nella diretta esperienza della prassi applicativa del diritto penale dell'economia, manifestavano la tendenza ad assestarsi in via endogena su una *policy* di tipo criminale, ovvero sia progressivamente orientata alla rendicontazione dell'illecito direttamente a bilancio (cd. *impresa illecita*).

Questa funzione eminentemente preventiva dei MOG, che nella volontà del legislatore permea pure i momenti della irrogazione di sanzioni e della disposizione di misure cautelari, emergerebbe peraltro in due distinte prospettive. In un primo senso infatti, suddetti documenti costituirebbero il presupposto di una *prevenzione generale negativa*, nella misura in cui la legge attribuisce loro “*il compito specifico di azzerare o di diminuire il rischio di compimento di reati, sia da parte dei vertici che da parte dei sottoposti*”³⁵⁷. A tal proposito è stato addirittura sostenuto che il concetto stesso di prevenzione generale, messo in crisi dalla recente legislazione penale destinata alle sole persone fisiche, sembrerebbe destinato ad un maggior successo proprio in relazione agli enti e all'operatività dei cd. *compliance programs*, e ciò in considerazione del fatto che tali soggetti, seppur privi di una personalità giuridica, si caratterizzano per la presenza di un “*processo motivazionale che può realmente spiegarsi in termini di pianificazione degli obiettivi e di valutazione dei relativi rischi, ossia attraverso un raffronto tra costi e benefici*”³⁵⁸.

³⁵⁶ Così tra gli altri Paliero C.E. – in *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in De Francesco G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, 2004; e vedi altresì in tal senso Lattanzi G. – in [vd. nota precedente].

³⁵⁷ Così Lattanzi G. – in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dlgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010

³⁵⁸ Così Giunta F – in *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, Riv. Trim. diritto pen. ec., 2004/1.

Nell'ambito di un secondo orizzonte di tutela infine, i MOG assolverebbero altresì ad una funzione di *prevenzione generale positiva o integratrice*, in ciò dimostrando tutta la loro attitudine di strumenti volti alla ricomposizione del conflitto attraverso la riaffermazione di una scelta di valore da parte dell'ente, nell'ambito della quale il volontario ripristino effettivo della legalità, attraverso innanzi tutto l'adozione o l'integrazione del MOG, consente peraltro all'ente stesso di ottenere vistosi sconti di pena. Tale essenziale novità caratterizzante la prevenzione del reato nell'ambito di strutture normalmente complesse, è stata in particolare definita dalla dottrina in commento come *sintesi compositiva tra violazione e reintegrazione*, dove emerge lo scopo del legislatore del riadeguamento dell'attività d'impresa alle aspettative sociali e al rispetto della legalità³⁵⁹.

Le predette caratteristiche operative dei modelli, vengono configurate dal legislatore quali maglie di una nuova strutturazione della colpevolezza, diversa da quella classicamente intesa dal diritto penale. In buona sostanza con il d.lgs. 231/01 si è introdotta una nuova forma di responsabilità, diversa sia da quella amministrativa che da quella penale, ed assurgente alla categoria del *tertium genus*, incardinata su una forma di colpevolezza per omissione nella gestione e amministrazione, idonea a fondare un'autonoma responsabilità dell'ente³⁶⁰. La colpevolezza dell'ente sussisterà dunque ogni qual volta non vengano rispettati gli *standard* doverosi di organizzazione e gestione del rischio di illecito, e più specificatamente dunque in caso di mancata adozione ed efficace applicazione di MOG adeguatamente predisposti dall'ente alla prevenzione dei reati - presupposto.

Si è detto che un MOG, nella sua stessa strutturazione interna, e dunque nelle sue parti specificatamente attinenti alle politiche di *risk management*, nonché alla predisposizione di vere e proprie aree di mappatura del rischio (cd. *risk assessment*), per poter spiegare la sua efficacia *latu sensu* scriminante nei confronti della

³⁵⁹ Così ancora Lattanzi G. – in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dlgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010; e già prima della riforma, seppure con riferimento al ben diverso sistema statunitense, aveva sottolineato la possibile attitudine rieducativa dei modelli o *compliance programs* Dolcini E. – in *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, Riv. it. dir. proc. pen., 1999.

³⁶⁰ Così Corso S.M. – in *Codice della responsabilità “da reato” degli enti*, Torino, 2012

corporate liability, deve contenere specifiche previsioni idonee a prevenire la commissione dell'illecito – tipo materialmente contestato all'ente, e dunque rientrante nell'ambito del catalogo di reati-presupposto previsti in via tassativa dal legislatore agli artt. 24 e ss del Dlgs. n. 231/2001.

3.1. Le società partecipate, tra piani triennali ANAC e modelli organizzativi: il rischio di sovrapposizione tra discipline preventive

Per quel che riguarda le fattispecie delittuose di nostra pertinenza, viene in particolare in rilievo l'art. 25³⁶¹ del decreto legislativo in commento, come modificato dalla legge n. 190 del 2012 che ha provveduto ad inserire, accanto alle tradizionali fattispecie di concussione e corruzione, seppur ad oggi parzialmente riscritte a seguito del medesimo intervento di riforma e del successivo, anche la nuova figura ibrida dell'induzione indebita, di cui all'art. 319 quater. Al riguardo si tenga presente che autorevole dottrina ha riscontrato, specie in riferimento alle modifiche apportate dal legislatore del 2015, rimasto ceco in proposito, come *“la dazione/promessa indotta ex art. 319quater comma 2 cp, può ancora determinare per l'ente collettivo conseguenze sanzionatorie più gravi di una corruzione, sia propria che per l'esercizio della funzione, nonostante essa sia punita assai meno*

³⁶¹ Di seguito riportiamo il testo dell'art. 25 del Dlgs. 231/2001, così come modificato dalla riforma del 2012:

“Art. 25. Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione.

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi 1 e 3, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.
2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.
3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, 319-quater (*) e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.
4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis.
5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno”.

severamente di queste ultime ipotesi, in relazione al reato commesso dalla persona fisica”³⁶².

In generale tuttavia, le fattispecie delittuose codicistiche, richiamate dalla norma legislativa in esame, prevedono tutte la presenza di almeno un soggetto agente qualificato, pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio che interagisce, con notevole diversità di accenti nella sua condotta tipica, con un altro soggetto cd. *esterno*, quand’anche non necessariamente privato. Siffatta premessa è doverosa se non altro per la presenza nell’ambito della disciplina in discorso di una specifica norma di esclusione della sfera di applicabilità soggettiva. L’art. 1 comma 3 del decreto legislativo n. 231 del 2001 infatti prevede espressamente che le disposizioni in esso contenute, e che disciplinano dunque la responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, non si applichino allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Da tale norma è possibile dunque evincere che, posto il necessario rapporto di presupposizione che intercorre tra la commissione di un illecito penale da parte di un soggetto operante dall’interno della compagine societaria e, nel caso dei delitti di corruzione, a struttura bilaterale e a concorso necessario, l’ulteriore presenza di un soggetto qualificato, operante invece direttamente dall’interno della pubblica amministrazione, l’ambito soggettivo privilegiato per la concreta operatività della nuova *corporate liability* per reati di corruzione è quello delle società partecipate, ovvero delle società soggette ad un controllo di tipo pubblicistico, ovvero ancora delle imprese che forniscono beni e servizi alla pubblica amministrazione. In altre parole, ai fini della corretta configurazione di una *corporate liability* che presupponga la commissione di uno dei delitti di cui all’art. 25 del decreto legislativo in esame, occorrerebbe prendere in considerazione tutte quelle situazioni in cui un soggetto, sia esso *apicale* o *subordinato*, stabilmente inserito nella compagine di un ente pubblico economico, ovvero privato sottoposto a controllo pubblico, ovvero ancora partecipato da capitale

³⁶² Così Mongillo V. – in *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell’anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015

pubblico, venga in contatto con un soggetto pubblico agente, sia esso pubblico ufficiale ovvero incaricato di pubblico servizio.

Più in particolare, ci si è chiesti se la disciplina di cui al decreto legislativo n. 231/2001, a fronte della norma di esclusione di cui all'art. 1 comma 3, sia applicabile alle società partecipate da enti pubblici locali, cd. *società partecipate*. Per comprendere la natura di siffatta forma societaria è indispensabile fare riferimento alla legge n. 175 del 2016³⁶³ che ha recentemente modificato alcuni aspetti della relativa disciplina. A norma di detto Testo Unico, con il termine società partecipate ci si riferisce alle *società a controllo pubblico*, nonché alle *altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*, ove per partecipazione si intende specificatamente *la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi*. La pubblica amministrazione può così decidere di partecipare in società per azioni oppure in società a responsabilità limitata, ed attraverso tali forme di partecipazione provvedere alla erogazione di beni o servizi ai cittadini presenti sul territorio, dietro percezione di un corrispettivo in denaro, generalmente richiesto sotto forma di tassazione. Tali servizi, normalmente riguardanti il trasporto pubblico locale ovvero la raccolta e gestione dei rifiuti urbani, sono conferiti a dette società attraverso la stipulazione di contratti di *affidamento in house*, come recentemente modificato dal nuovo codice sugli appalti pubblici³⁶⁴. Tale forma di concessione in particolare, esenta l'ente pubblico locale dalla previa indizione di un bando di gara, documento di regola preposto alla scelta del contraente per la pubblica amministrazione, e consente alle società affidatarie di provvedere alla gestione diretta dei servizi pubblici locali. Attraverso l'affidamento in house dunque tra amministrazione e imprese viene ad instaurarsi un particolare legame, nell'ambito del quale è assai difficile procedere ad una qualunque distinzione di qualifica rispetto ai soggetti che governano i processi decisionali, posto che in tal caso la natura

³⁶³ Per la definizione di società partecipata in particolare si veda l'art. 2 comma 1 lett. n) della legge 19 agosto del 2016, n. 175, Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

³⁶⁴ Ci riferiamo al Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici e dei contratti di concessione emanato in attuazione delle nuove Direttive UE n. 24, 25 e 26 del Febbraio 2014, ed accompagnato da un cd. correttivo di cui al Dlgs. n. 56 del 2017.

privatistica dell'ente e la rilevanza pubblicistica del servizio erogato convergono nella medesima forma societaria³⁶⁵. La Corte di Cassazione si è espressa positivamente rispetto all'applicazione del Dlgs. 231 del 2001 alle società partecipate, in due distinte pronunce³⁶⁶. In entrambe le sentenze, intervenute a circa dieci anni dall'entrata in vigore della disciplina sulla *corporate liability*, i giudici della Suprema Corte hanno dunque opportunamente ritenuto di dover estendere l'applicabilità della disciplina in commento anche alle società partecipate specie in considerazione del fatto che esse mantengono natura privatistica, e ciò quand'anche appositamente dedicate alla gestione di servizi locali, restando dunque a tal fine ininfluenza la natura pubblica del loro capitale sociale. E tuttavia, i profili di maggiore criticità rispetto alla prevenzione dei fenomeni *latu sensu* corruttivi, emergono proprio nel contesto delle società partecipate.

Trovano in particolare applicazione alle società pubbliche in argomento anche gli strumenti di prevenzione della corruzione in ambito pubblico già previsti dalla legge n. 190 del 2012. In particolare, il comma 34 dell'art. 1 della riforma prevede che le antecedenti norme relative ad obblighi di pubblicazione, informazione e trasparenza si applichino anche nei confronti delle società partecipate non quotate sul mercato. Inoltre, nel caso della società partecipata, per la corretta conformità e valida efficacia preventiva dell'organizzazione interna è sufficiente che vi sia l'applicazione di un modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. 231/01, ulteriormente integrato, con riguardo alle *attività di pubblico interesse*, con disposizioni specifiche idonee ad impedire e prevenire la commissione di illeciti in danno della P.A., ex art. 1 comma 34 della legge n. 190 del 2012. In conclusione, si vede bene come, a fronte di una medesima struttura societaria, pur regolata da una disciplina particolare in quanto caratterizzata dalla presenza di una partecipazione pubblica, finiscono per insistere normative di prevenzione di carattere fortemente diverso, rispetto alle quali, sul piano concretamente operativo, si potrebbe porre un rischio di sovrapposizione, se non proprio di confusione sul piano più strettamente applicativo.

³⁶⁵ Così Casetta E. – in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2015.

³⁶⁶ Corte di Cass. sez. II pen., sent. 21.07.2010, n. 28683 (Battaglia e altri); e vedi altresì Corte di Cass. sez. II pen., sent. 10.01.2011, n. 234, relativamente alle cd. società d'ambito.

Più in generale le due discipline di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001 e di cui alla legge n. 190 del 2012, pur conservando sensibili divergenze, sembrano intervenire in materia di prevenzione dei reati di corruzione in ambito pubblico in maniera assai simile, specie per quel che riguarda gli strumenti di prevenzione, i soggetti a cui spetta il compito di interloquire con l'ente, le fattispecie sanzionatorie nonché la qualificazione del rischio e della responsabilità³⁶⁷. Suddetta sovrapposizione di discipline preventive risulta maggiormente visibile agli occhi dell'interprete sol se si proceda ad un'analisi coordinata dei due testi legislativi, in specie per quel che riguarda il principale strumento di prevenzione dei fenomeni corruttivi in ambito pubblico, così come predisposto dalla legge n. 190 del 2012: il piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC). Più in particolare a fronte del disposto del comma 9 dell'art.1 della legge Severino, si assiste all'individuazione in chiave aprioristica e generale dei principali contenuti del documento, dei settori a rischio commissione reati, con la conseguente realizzazione di un mezzo preventivo che risulta in larga parte già preimpostato. Il PTPC si basa più in particolare sulle disposizioni contenute nella l. 190/12 e su quanto impartito dall'ANAC, mentre la finalità precipua del d.lgs. 231/01 è quella di costruire un modello personale di gestione del rischio, valido per lo specifico settore in cui l'ente si trova ad operare, tutelandosi maggiormente il profilo dell'adeguatezza della prevenzione al caso concreto. Pertanto, per quel che riguarda gli enti pubblici economici, gli enti privati sottoposti a controllo pubblico e quelli partecipati da un ente pubblico, i due testi legislativi sembrano scontrarsi, o meglio disarmonicamente insistere sul medesimo settore, proprio sotto l'importante profilo della prevenzione, e segnatamente nella disciplina da un lato dei piani anticorruzione, di cui alla legge n. 190 del 2012, e dall'altro dei modelli preventivi, di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001.

In conclusione, si vede bene come la tradizionale e netta distinzione tra i due sistemi preventivi, nel caso delle società partecipate sembrerebbe venir messa in discussione dall'inestricabile convergenza di discipline che appaiono disarmonicamente

³⁶⁷Al riguardo alcuni autori hanno recentemente sottolineato la presenza di alcune disarmonie di disciplina tra i due testi legislativi, specie in merito alla redazione del cd. piano triennale di prevenzione della corruzione; vedi ad esempio Bartolomucci S. – in *Compliance Programs delle società in mano pubblica e prospettive d'integrazione in chiave di anticorruzione amministrativa*, Le Società, n.3 / 2016.

sovrapporre strumenti e figure dedicati alla prevenzione. Ed infatti se i modelli di organizzazione e gestione sembrerebbero esplicitare la loro efficacia preventiva rispetto all'attività di tutti quegli enti che, a prescindere dal possesso o meno di una personalità giuridica, risultino potenziali autori di forme di corruzione, sia pubblica che privata; di contro, i piani anticorruzione riguarderebbero invece soltanto gli enti pubblici.

Ora, nelle società partecipate, quel che caratterizza la struttura e l'attività di tali enti, è proprio la sovrapposizione della partecipazione pubblica di un ente locale alla gestione per così dire imprenditoriale di servizi ai cittadini, e quindi alla disciplina privatistica cui tali enti restano comunque sottoposti. Di conseguenza si avrà specularmente il rischio della sovrapposizione tra piani preventivi, modelli e PTC, che parrebbero incidere entrambi su tale tipologia particolare di struttura societaria.

Qualche osservazione conclusiva sulla dimensione mediatica della corruzione

“E’ la teoria del mondo di Mezzo... ci stanno i vivi sopra ed i morti sotto... e noi stiamo nel mezzo; ci sta un mondo di mezzo in cui tutti si incontrano. Allora, nel mezzo, anche la persona che sta sovramondo ha interesse che ... qualcuno del sottomondo gli faccia delle cose che non può fare nessuno... e tutto si mischia...”³⁶⁸

1. I nuovi volti della corruzione: criminalità organizzata ed appalti

La frase venne pronunciata da Massimo Carminati, ex esponente NAR, già affiliato alla nota organizzazione malavitosa romana denominata Banda della Magliana, pluripregiudicato. Il 2 dicembre 2014 Carminati viene arrestato dai Carabinieri del ROS di Roma, assieme a più di trenta persone, tra cui anche l'imprenditore laziale Salvatore Buzzi. Le operazioni d'arresto intervengono a conclusione dell'inchiesta denominata dagli inquirenti Mondo di Mezzo, disposta e coordinata dalla procura di Roma, e riguardante alcune presunte infiltrazioni che si riteneva insistessero da tempo sul tessuto imprenditoriale, politico ed istituzionale della città di Roma. Tra le principali accuse mosse a carico degli indagati, figuravano l'associazione a delinquere di stampo mafioso, l'estorsione aggravata, il trasferimento fraudolento di valori, reati di corruzione e turbativa d'asta, nonché l'emissione di false fatturazioni.

Più in generale, e per quel che interessa ai fini della presente trattazione, emerge con innegabile preponderanza, anche a seguito dei successivi sviluppi processuali³⁶⁹ della citata inchiesta, l'attiva partecipazione di alcuni soggetti alla costruzione di una vera e propria rete corruttiva, stabilmente interlocutore con il potere pubblico, e spesso

³⁶⁸ Dal materiale relativo all'intercettazione telefonica disposta a carico del Carminati, la frase è stata riportata nell'ordinanza del GIP di disposizione delle misure cautelari – Uff. VI GIP, 30546/10 R.G. Mod. 21

³⁶⁹ Nell'aprile 2017 ha chiesto la condanna di Carminati a 28 anni di carcere, in quanto ritenuto il capo e l'organizzatore dell'associazione mafiosa operante in territorio capitolino. Nel luglio dello stesso anno l'ex NAR è stato condannato a 20 anni di reclusione dal Tribunale ordinario di Roma per associazione a delinquere. La sentenza di primo grado fa inoltre decadere per tutti i 46 imputati l'associazione mafiosa. La prima udienza del grado d'appello è prevista per il prossimo 5 marzo 2018 – vd. Trib. di Roma, sez X pen. sent. 16-10-2017 (ud. 20 luglio 2017), n. 11730

finalizzata all'illecita assegnazione di appalti e finanziamenti pubblici direttamente da parte del Comune di Roma ovvero delle aziende municipalizzate operanti sul territorio capitolino, e con estensione dei propri interessi anche al settore relativo alla gestione dei centri di accoglienza per gli immigrati, nonché al finanziamento delle campagne elettorali³⁷⁰.

Il contesto storico che caratterizza gli anni immediatamente antecedenti all'ultimo intervento di politica criminale in materia di corruzione, risentirà inevitabilmente degli

apporti di tale inchiesta, così come, ed ancor prima, di quelle relative al Mose di Venezia, ed all'Expo di Milano³⁷¹. Ma quel che emerge con chiarezza, specie dall'inchiesta Mafia Capitale, nonché dai suoi sviluppi processuali successivi, è l'esistenza di un'organizzazione criminale dai tratti assolutamente peculiari ed ambivalenti, in quanto capace da un lato di inserirsi nel settore economico ed imprenditoriale, attraverso la commissione di delitti tipicamente riconducibili alle associazioni di stampo mafioso, quali l'usura e l'estorsione; dall'altro di monopolizzare il settore degli appalti pubblici, avvalendosi di metodi tipicamente corruttivi, idonei a consentire la permeazione di uomini riconducibili all'organizzazione direttamente all'interno di enti locali e loro controllate.

A nostro avviso, il legislatore del 2015 si è solo parzialmente adoperato per intervenire in maniera compiutamente complessiva a reprimere le ipotesi diffuse di connessione stabile tra condotte corruttive ed associazioni di tipo mafioso. Se la consapevolezza della necessità di un simile intervento emerge chiaramente dalla presenza nel testo della legge n. 69 del 2015 di un apposito articolo (art. 5) dedicato alla riscrittura dell'art. 416bis del codice penale, essa riguarda a ben guardare soltanto l'arsenale sanzionatorio della fattispecie astratta in discorso, oggetto di un

³⁷⁰ Tra gli indagati infatti, figuravano alcuni dei principali finanziatori della campagna elettorale dell'ex sindaco di Roma Gianni Alemanno. In particolare, la posizione dell'ex sindaco, anch'egli indagato, verrà tuttavia archiviata nel Febbraio del 2017 dal GIP di Roma, su richiesta della Procura, per "assenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio" – da Mafia capitale archiviazione per Alemanno ed altri 112 indagati, di Federica Angeli, La Repubblica, 07.02.2017

³⁷¹ Così anche Cantone R. e Di Feo G. – in *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015

significativo inasprimento. Siffatta modifica viene quindi inserita nel contesto di un più ampio intervento sulle fattispecie di corruzione, anch'esso contraddistinto dalle summenzionate peculiarità, e che tuttavia non sembra potersi ricollegare, nemmeno sul piano prettamente repressivo, alle ipotesi di associazione a delinquere perseguente la finalità predetta della permeazione nella pubblica amministrazione. In buona sostanza, quel che drammaticamente sembra contraddistinguere l'organizzazione Mafia Capitale è proprio l'avvalersi di meccanismi corruttivi che la distanziano sideralmente dalla mafia classicamente intesa, e che si indirizzano in maniera privilegiata verso soggetti *intraanei* alla pubblica amministrazione, onde comperarne i favori e la benevolenza. Siffatta conformazione, pacificamente assunta dal sodalizio criminale in discorso, affonda le sue radici proprio nel trascorso criminale dei principali esponenti della stessa, le quali permettono di affiancare accanto all'ipotesi tradizionale della corruzione di pubblico ufficiale – *rectius*, a seguito della riforma del 2012, messa di quest'ultimo 'a libro paga' del privato – anche lo sfruttamento della capacità intimidatoria, ovverosia del generale *metus reverentialis*, che pure accompagnava le principali figure di punta dell'organizzazione in discorso. Emblematico in tal senso è quanto riferisce il collaboratore di giustizia Roberto Grilli riguardo la notoria fama criminale del Carminati: “*chi un minimo conosce il background di Massimo Carminati...è normale che comunque...lo vede con un estremo rispetto ed anche un'estrema cautela...questa è una cosa che è abbastanza pacifica*”³⁷². Si vede dunque bene come, accanto all'utilizzo della violenza, classicamente estrinsecantesi nell'esercizio della forza intimidatoria, l'organizzazione affianca e costruisce una fitta rete di collusioni ed intese corruttive le quali pongono il sodalizio criminale nelle concrete condizioni di influenzare, controllare ed alterare non soltanto i processi economici, ma finanche, e prima ancora, quelli decisionali riferibili al potere pubblico. Tale peculiare penetrazione nelle maglie della pubblica amministrazione capitolina, operata con metodi estrinsecamente diversi da quello tipicamente mafioso, e cioè sostanzialmente attraverso il continuo arricchimento di un sistema corruttivo fondato su accordi criminali e collusioni illecite, ha permesso agli inquirenti di definire il

³⁷² L'affermazione del collaboratore di giustizia è riportata nell'ordinanza summenzionata – vd. Uff. VI GIP, 30546/10 R.G. Mod. 21

contatto con la dimensione pubblica di Mafia Capitale “*polimorfo*”³⁷³: protagonisti degli accordi corruttivi sono infatti soggetti interni ed esterni alla pubblica amministrazione, non necessariamente appartenenti al medesimo percorso politico, e tutti saldamente uniti dalla composizione di affari illeciti.

A nostro avviso, il legislatore del 2015, nel buon intento di concentrare in un solo intervento di politica criminale due distinte direttrici repressive, entrambe caratterizzate da un sostrato criminogeno comune, corruzione e criminalità organizzata³⁷⁴, avrebbe potuto esimersi dal semplice inasprimento delle pene principali previste dalla cornice edittale di cui all’art. 416 bis del codice penale. E ciò specie in considerazione della coraggiosa introduzione da parte del medesimo legislatore, appena tre anni prima, di fattispecie incriminatrici che pure hanno ben presto raccolto, come visto, le riserve e i dubbi interpretativi di autorevole dottrina e della prevalente giurisprudenza, e ciò a tacere altresì della loro evidente incapacità di abbracciare nella sfera di presione punitiva ipotesi come quelle appena analizzate.

A ben guardare tuttavia, un intervento legislativo che possa dirsi anche *in subiecta materia* rispettoso dei canoni costituzionali di proporzionalità e determinatezza, nonché della funzione di *extrema ratio* del diritto penale, dovrebbe in futuro poter privilegiare il piano della prevenzione, e segnatamente quello del riordino delle capacità sanzionatorie e degli altri poteri di intervento dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, specie per quel che riguarda il settore degli appalti pubblici. A quest’ultimo proposito consideriamo complessivamente disorganizzato ed insoddisfacente l’intervento, pure asseritamente di riordino, del legislatore del 2016 che con il nuovo codice degli appalti pubblici, di cui al Dlgs. 50/2016 e suo successivo correttivo, ben avrebbe potuto cogliere l’occasione per estendere i poteri dell’A.N.A.C. anche al momento successivo dell’esecuzione contrattuale, evitando di limitarne l’estensione di intervento alla fase iniziale della procedura ad evidenza pubblica, ovverosia di scelta del contraente.

³⁷³ Così ancora nella ordinanza summenzionata – in [vd. nota precedente]

³⁷⁴ Al riguardo si esprime anche Visconti C. in sede di primo commento a due sentenze della Cassazione, entrambe rese nell’ambito di altrettanti procedimenti *de libertate*, e riguardanti alcuni dei soggetti protagonisti degli episodi corruttivi emersi dall’inchiesta Mondo di Mezzo. – in *A Roma una mafia c’è. E si vede...*, Diritto penale contemporaneo, 15.06.2015

Infine, se lo scopo primario per cui è stata creata questa autorità amministrativa è pur sempre quello di aumentare l'efficienza ed il buon andamento della Pubblica Amministrazione, i successivi interventi del legislatore anticorruzione, che scelga di operare sul piano preventivo, non potranno ragionevolmente esimersi, in sede di riscrittura e riordino, ovvero ancora di ampliamento dei poteri dell'autorità stessa, dal ridurre i controlli più formali attualmente previsti a carico delle pubbliche amministrazioni; controlli che spesso comportano inutili appesantimenti procedurali, gravando le stesse di meri oneri documentali, e costituenti altresì il bacino privilegiato per il proliferare di episodi corruttivi.

2. Le politiche di prevenzione e l'improcrastinabile necessità di un rivolgimento culturale in Italia

Il dilagare della corruzione a tutti i livelli della nostra pubblica amministrazione, sembra avere ormai soltanto un lontano antenato negli anni di Tangentopoli. Anche negli anni più recenti in effetti il dibattito politico sembra essersi inevitabilmente assestato sui temi della prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi in ambito pubblico, manifestando la crescente consapevolezza nel nostro Paese, se non altro da parte del legislatore, dell'insostenibile pesantezza economica della corruzione.

Più in particolare, il fenomeno, se ha qualche possibilità d'essere realmente percepito dalla cittadinanza, sembrerebbe rilevare non tanto sotto il profilo di una presunta lesione della morale civica collettiva, ossia della correttezza e liceità che pure debbono normalmente informare i nostri uffici nell'amministrazione della res pubblica; quanto sotto il profilo più specifico delle possibilità stesse di sviluppo economico che possono verosimilmente riservarsi al nostro Paese. Innestandosi nelle relazioni che legano il cittadino e le imprese alla pubblica amministrazione, la corruzione ha infatti ampiamente dimostrato tutta la sua intrinseca capacità di favorire lo spreco delle risorse pubbliche, l'inefficienza dei servizi e più in generale un accesso asimmetrico ai posti di lavoro, ripercuotendosi direttamente sull'economia privata ed immobilizzando così anche la crescita ed il miglioramento del nostro tessuto produttivo ed occupazionale, in primis disincentivando gli

investimenti provenienti dall'estero. Gli anni della crisi che iniziano nel biennio tra il 2008 ed il 2010 in particolare, specie grazie alla diffusione operata dai mass media del significato e della portata generalmente critici dell'allora congiuntura economica, hanno certamente favorito l'emersione di un dibattito politico e di una consapevolezza sociale nuove, ovverosia specificatamente incentrate sulla complessità dei rapporti intercorrenti tra corruzione, istituzioni e sviluppo economico³⁷⁵. E d'altra parte già autorevole dottrina ha significativamente rilevato come nel dibattito pubblico e politico moderno di quegli anni sia emblematicamente rilevabile *“l'assenza di una visione sistemica (...) il diffondersi di banalizzazioni ed estremismi culturali, con una preoccupante prevalenza di opinioni senza fondamento e di luoghi comuni...”*³⁷⁶. Non di rado, il collegamento tra precipitato economico dei fenomeni di corruzione pubblica e diffondersi della stessa, ha dunque costituito il referente obbligato degli anni della crisi economica, unendo inscindibilmente i due aspetti, pure a loro volta parte di realtà ben più complesse.

In buona sostanza, e a tacere di siffatte estremizzazioni, a nostro avviso, l'intima rischiosità che si annida nel predetto collegamento ontologico, è tuttavia proprio quella di tralasciare la possibilità stessa di un rivolgimento culturale più profondo e cioè specificatamente volto all'arricchimento ed alla diffusione della suddetta morale civica all'interno del tessuto socio-economico attuale; morale che, a ben guardare, ben poco ha a che vedere con l'oramai inflazionato 'precipitato economico' del fenomeno corruttivo. In buona sostanza, leggere nella suddetta limitata prospettiva, imprescindibilmente binaria, i fenomeni della decrescita economica e della portata per così dire 'unicamente monetaria' della corruzione pubblica, porta con sé, oltre all'errore ontologico di ridurre il secondo fenomeno nel primo, l'inevitabile rischio di legare il destino economico di un Paese a quello delle politiche legislative concretamente attuabili in materia. Si aggiunga al riguardo che nel nostro Paese, la percezione della corruzione, come finora la abbiamo intesa nell'ambito della presente trattazione, può risultare in concreto variamente influenzata dal rilievo che i mass media danno a questo fenomeno, specie a seguito di vicende giudiziarie coinvolgenti

³⁷⁵ La conclusione è condivisa anche da Nerozzi S. – in *Nel tempo della corruzione globale, idee per un cambiamento*, Alibrandi G. e Cortesi A. (A cura di), Firenze 2016

³⁷⁶ Così Caprara V. nel suo saggio *Lotta alla corruzione* – in [vd. nota precedente]

soggetti noti al panorama politico nazionale, creando vere e proprie ondate di sovraesposizione ovvero di sottovalutazione del fenomeno.

Ci sembra dunque giunto, ed in via del tutto improcrastinabile, il momento di considerare l'aspetto più criticato al nostro Paese da autorevoli fonti internazionali e comunitarie, ovverosia la generale assenza di un vero e proprio rivolgimento culturale che possa debitamente accompagnare le future politiche legislative in materia di repressione e prevenzione dei fenomeni corruttivi. Se la corruzione è dunque questione sociale, prima ancora che ordinamentale e giuridica, concentrarsi unicamente sull'aspetto della repressione, senza agire in via equipollente e sinergica sulle matrici più prettamente culturali del fenomeno, non ci sembra davvero la migliore delle soluzioni possibili. Al riguardo eloquente l'affermazione di autorevole dottrina: *“la corruzione, malgrado il relativismo culturale, è un concetto generalmente utilizzabile in tutte le culture ...”* e ancora, sicchè *“... il problema della delimitazione tra comportamento accettabile e comportamento inaccettabile si pone solo nel singolo caso...”*³⁷⁷.

Peraltro, in sede di analisi dei veri e propri profili criminogenetici del fenomeno corruttivo, altra parte della dottrina, già prima della riforma del 2012, aveva definito le principali cause della diffusione della corruzione in ambito pubblico *“di carattere sistemico e macrosociale”*³⁷⁸. In particolare, è stato sottolineato come già allora le numerose inchieste giudiziarie avessero evidenziato l'esistenza di precisi fattori criminogeni nell'ambito delle pubbliche amministrazioni interessate; fattori culturali di carattere prevalentemente politico-amministrativo ed economico, quali la qualità dell'organizzazione e del funzionamento della macchina amministrativa ovvero la presenza di vere e proprie nomine politiche all'interno della compagine di un ente pubblico, statale o locale, e riguardanti spesso proprio i ruoli dirigenziali. Rispetto a tale ultimo profilo, si è rilevato altresì come *“il livello di attaccamento alla Pubblica Amministrazione decresce in maniera vertiginosa quando l'entrata e la progressione*

³⁷⁷ Così Musacchio V. – in Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione, Giustizia e Affari Interni, GA n. 1/2012

³⁷⁸ Così il Cingari F. nel suo saggio *Possibilità e limiti del diritto penale* – in Palazzo F. (A cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa. Atti del Seminario.*, Firenze, 2011

*nelle carriere pubbliche, non dipendono dal merito, bensì dall'appartenenza politica o dall'anzianità*³⁷⁹.

Per la verità, anche i principali studi presenti in materia a livello internazionale hanno insistito molto sul moderno ruolo di responsabilità delle istituzioni rispetto all'eradicazione di rodate dinamiche di corruttella, nonché sulla loro autonoma capacità, di creare un vero e proprio clima più o meno favorevole al diffondersi della corruzione in ambito pubblico³⁸⁰. E così, è stato detto: *“Un dato obiettivo facilmente accertabile, è che la corruzione è particolarmente diffusa laddove il potere legislativo o il potere giudiziario sono deboli, dove non vengono osservate le regole dello Stato di diritto, dove il clientelismo è diventato norma, dove l'amministrazione statale manca di indipendenza e di professionalità e dove la società civile è avvinta nella corruzione o non dispone di mezzi per esercitare pressione...”*³⁸¹.

Se dunque è dalle istituzioni che può e deve provenire 'il buon esempio' nell'esercizio di una funzione amministrativa, doverosamente conforme ai canoni costituzionali di buon andamento ed imparzialità, nonché al più generale principio di legalità, auspichiamo che il legislatore futuro possa trovare il modo di imporre tale inversione di rotta, proprio sotto il profilo culturale, e segnatamente attraverso la predisposizione di una formazione obbligatoria che preceda il momento stesso dell'assunzione dell'incarico e che sia specificatamente incentrata alla maturazione di un'individuale senso di responsabilità civica nel soggetto che si appresta a divenire pubblico funzionario ovvero incaricato di pubblico servizio.

Inoltre, a fronte della già analizzata frammentarietà della legislazione presente in materia di trasparenza e di tutela del whistleblower, auspichiamo altresì l'introduzione più ordinata ed obbligatoria di veri e propri modelli di organizzazione e gestione, sull'esempio del dlgs. n. 231 del 2001, anche in ambito pubblico, o comunque di documenti, ai primi assimilabili, complessivamente volti alla

³⁷⁹ Così Della Porta D. e Vannucci A. – in *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di Mani Pulite*, Bari, 1999

³⁸⁰ Così, analizzando nello specifico il caso italiano, Del Monte A. e Papagni E. – in *The determinants of corruption in Italy da Regional panel data analysis*, *European Journal of Political Economy*, 23.02.2007; e vedi altresì Fiorino N. e Galli E. – in *An analysis of the determinants of corruption: evidences from italian regions*, *Polis Working Papers* 171/2010

³⁸¹ L'affermazione è sempre del Musacchio V. – in [vd. nota 10]

prevenzione del rischio – corruzione nell’esercizio della funzione pubblica. Anche in quest’ultimo caso, il profilo preventivo ben potrebbe in ipotesi arricchirsi della valorizzazione intraspecifica, perché calibrata alla posizione lavorativa e alle concrete caratteristiche delle mansioni svolte, del momento formativo, collegando ad esempio quest’ultimo direttamente all’avanzamento professionale nell’ambito della PA, giusta un’opportuna modifica del Testo Unico sul Pubblico Impiego³⁸², e ciò specie per quel che riguarda i cd. settori economici della pubblica amministrazione, dove essa si incontra con gli interessi più propriamente speculativi dell’imprenditore privato. A tal proposito, in un primo momento, gli stessi Piani Triennali di prevenzione della corruzione, disposti dall’A.N.A.C., così come le Linee Guida ovvero i bandi-tipo o capitolati-tipo, emanati in seno alla medesima autorità, e finalizzati ad incentivare l’uniforme produzione di atti specificatamente calibrati sulle caratteristiche della singola pubblica amministrazione referente, potrebbero verosimilmente arricchirsi di più ampi riferimenti relativi all’adempimento e ai risultati di suddetto obbligo formativo da parte del dipendente pubblico. In altre parole crediamo che così come l’inserimento nella c.d. *black list* da parte dell’ANAC possa verosimilmente dispiegare un effetto stigmatico ed esclusivo rispetto all’imprenditore privato – appaltatore, anche rispetto ad una singola pubblica amministrazione - appaltante, intesa nella sua specifica formazione territoriale, dovrebbe potersi costruire un simile meccanismo, in grado di acclararne la buona o cattiva condotta rispetto alla gestione dei rapporti economici con il privato, l’eventuale presenza di sentenze definitive di condanna per reati di corruzione che abbiano in passato travolto soggetti *intraneei* a quegli uffici, fino a preconfezionare, in definitiva, una sorta di ‘patentino’ dell’ente pubblico in discorso, in tal modo incentivato a controllare assai più capillarmente la condotta dei soggetti qualificati operanti al suo interno. E così, possedere una documentazione comprovante il passato ‘criminale’ di un ente pubblico, e dunque la trascorsa od attuale presenza al suo interno di pubblici ufficiali ‘corrotti’ o ‘corruttibili’, dovrebbe poter dispiegare nei confronti dell’amministrazione territoriale stessa, la medesima summenzionata efficacia stigmatico-esclusiva rispetto al mercato dei rapporti economici con

³⁸² Ci riferiamo al Dlgs. n. 165/2001 così come da ultimo modificato dal Dlgs. 20 luglio 2017, n. 118 e dalla Legge 30 novembre 2017, n. 179 che ha introdotto la tutela del cd. whistleblower.

l'imprenditoria privata, nonché provocare un doveroso potenziamento dei controlli e della vigilanza da parte della Prefettura ovvero della stessa amministrazione centrale dello Stato.

Solo in un secondo momento, infine, il legislatore potrebbe provvedere al graduale avanzamento nonché all'uniformazione dei contenuti di detta fonte secondaria e regolamentare, che sopra abbiamo denominato 'patentino' dell'ente pubblico, positivizzandone il contenuto essenziale minimo direttamente in una legge dello Stato.

Un'ulteriore linea direttrice infine, sulla quale dovrebbe potersi muovere una politica di promozione del necessario rivolgimento culturale auspicato in materia, è quella della de-istituzionalizzazione di canali dedicati, e davvero 'protetti', per i soggetti *intransei* che si determino a denunciare episodi di corruzione, intervenendo anzitutto direttamente sui summenzionati punti deboli della neo-introdotta disciplina di tutela del whistleblower. A tal fine ci sembra indispensabile l'interlocuzione costante con associazioni private operanti da anni sul territorio nazionale, che promuovono vere e proprie campagne di sensibilizzazione sociale attraverso la pubblicazione di dati, la raccolta di firme per la proposta di leggi, oltre alla organizzazione di veri e propri di gruppi di studio, e punti di ascolto, nell'ambito dei quali il dipendente-denunciante ha da tempo ottenuto l'assoluta garanzia dell'anonimato, e ciò ben prima dell'introduzione della legge richiamata. Per tale ragione, benchè convinti che l'istituzionalizzazione di tali forme di associazionismo no-profit potrebbe irrimediabilmente depotenziarne l'efficacia preventiva, ci sembra d'altro canto ormai imprescindibile, per il legislatore futuro, una valorizzazione dell'attività di tali organizzazioni³⁸³, in ipotesi favorendo, in sede di riforma, vere e proprie dinamiche di concertazione.

³⁸³ Tra queste, ricordiamo "Senza corruzione, riparte il futuro" organizzazione privata senza scopo di lucro operante dal 2013 su tutto il territorio nazionale prevalentemente attraverso la costruzione di un networking online di professionisti e sostenitori qualificati – www.riparteilfuturo.it

3. Prevenzione e repressione: futuri piani di intervento

La corruzione che si manifesta nell'ambito della pubblica amministrazione è dunque, come più volte ricordato, fenomeno largamente diffuso, pressochè avulso dalle condizioni socio-economiche di una specifica area geografica, di difficile individuazione e quantificabilità in termini numerici o percentuali, fortemente alimentata da matrici culturali ed ideologiche, variamente percepita in ragione della maggiore o minore sensibilità culturale di un determinato periodo storico, ma in ogni caso sempre presupponente la presenza di una disfunzione, e cioè di un malfunzionamento della macchina amministrativa. E' un fatto che la corruzione, come complesso delle condotte anche di più bassa intensità, e quindi non necessariamente rientranti nell'area del penalmente rilevante, tende nella maggior parte dei casi, ma non in tutti, a colpire e a maturare all'interno delle pubbliche amministrazioni caratterizzate per così dire da un 'sistema immunitario debole'³⁸⁴.

Il futuro legislatore anticorruzione, consapevole delle predette caratteristiche intrinseche al fenomeno in analisi, dovrà pertanto farsi carico di una produzione normativa che verosimilmente prediliga, per quanto possibile, la convergenza e lo sviluppo simultaneo dei due fondamentali piani d'intervento, l'uno preventivo, l'altro repressivo, percorribili in materia. In altre parole, prevenzione e repressione debbono potersi concepire come i due bracci armati della futura legislazione anticorruzione.

Al riguardo, autorevole dottrina³⁸⁵ ha già provveduto ad analizzare analiticamente le caratteristiche fondamentali dei suddetti due pilastri di intervento legislativo.

In particolare, le politiche di prevenzione debbono poter assumere in futuro un ruolo di primo piano e segnatamente anteriore rispetto a quelle che attengono la repressione. A tal fine vengono precipuamente individuate più prospettive di intervento come possibili linee-guida per le future politiche di prevenzione nella lotta

³⁸⁴ La tesi è in vari punti sostenuta da Alibrandi G. e Cortesi F. – in *Nel tempo della corruzione globale, idee per un cambiamento*, Firenze 2016; ma vedi altresì Cantone R. – in *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015

³⁸⁵ Vedi in particolare Musacchio V. che analizza le migliori misure preventive e repressive adottabili nella lotta alla corruzione in ambito pubblico – in *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, Giustizia e Affari Interni, GA n. 1/2012

alla corruzione pubblica, in particolare: un incremento della garanzia e dell'efficacia dei controlli; la promozione della trasparenza amministrativa; lo sviluppo della responsabilità e quindi dell'integrità del pubblico ufficiale; la sensibilizzazione di coloro che operano direttamente all'interno della pubblica amministrazione; una riduzione degli ampi margini di operatività della discrezionalità amministrativa; la garanzia del reddito ai pubblici dipendenti; la riduzione delle opportunità di corruzione.

Per quel che riguarda infine il momento della repressione, e dunque il secondo pilastro delle future strategie anticorruzione, la medesima dottrina ne sottolinea anzitutto l'operatività successiva, ovverosia *“solo una volta falliti gli strumenti preventivi”*³⁸⁶. Le sue caratteristiche fondanti dovrebbero dunque auspicabilmente orientarsi verso l'esistenza di solide basi giuridiche dello Stato, specie attraverso la predisposizione di disposizioni più incisive sia sul piano sostanziale che procedurale; la promozione di un sostegno politico alle iniziative anticorruzione; l'enucleazione di meccanismi più specifici volti a garantire l'imparzialità, l'indipendenza e l'adeguatezza di mezzi delle istituzioni competenti nella lotta alla corruzione; la libertà e l'imparzialità dei *mass media* di riferire in modo responsabile sui casi di corruzione.

Per quel che riguarda il primo punto, la dottrina in commento, auspica la soppressione del delitto di concussione, di modo che *“l'attuale forma esplicita (cioè mediante violenza o minaccia) diverrebbe un'aggravante speciale dell'estorsione, mentre la forma induttiva verrebbe ricompresa in una più ampia fattispecie di corruzione che si estenderebbe fino alla corruzione impropria, con un indifferenziato trattamento sanzionatorio...”*³⁸⁷.

A nostro avviso, assai interessante è il riconoscimento infine da parte della dottrina in analisi, di uno specifico ruolo repressivo dei *mass media*. In particolare, gli

³⁸⁶ Così sempre Musacchio V. – in [vd. nota precedente]

³⁸⁷ Per una tesi opposta a quella riportata, del Musacchio V., e condivisa da chi scrive, si veda tuttavia Viganò F. che viceversa depone per la soppressione della nuova figura dell'induzione indebita di cui all'art. 319 quater c.p., specie in considerazione dei contrastati rapporti di tale ultima fattispecie incriminatrice rispetto ai delitti di concussione e corruzione. – in *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 1.01.2015

strumenti informativi di massa vengono definiti possibili fautori di una responsabilizzazione informata della collettività, acclarandole i casi concreti di corruzione pubblica, e contribuendo altresì ad innescare l'apparato repressivo. D'altra parte, ed in un momento successivo rispetto all'intervento punitivo statale, essi possono mettere 'alla berlina' funzionari e politici condannati per corruzione. *"In questo modo, la punizione ottenuta dalla giustizia raggiunge pienamente il suo effetto intimidatorio"*³⁸⁸. E tuttavia, si vede bene come l'adempimento di suddetta funzione, presupponga un'assoluta libertà di stampa e un'elevata professionalità da parte dei giornalisti. A tal proposito, viene sottolineato il ruolo cruciale che la stampa, libera ed assai più indipendente dal controllo governativo, ebbe nel mobilitare l'opinione pubblica, acclarandole il costo politico della corruzione, e ciò non solo negli anni di Tangentopoli: *"tra il 1870 e il 1920 il settore dei giornali subì una profonda trasformazione. Nel 1870 i quotidiani indipendenti dal potere politico e diffusi nelle grandi città erano solo l'11% del totale. Nel 1920 la percentuale era salita al 62 per cento. A giudizio degli storici economici, questa evoluzione del settore dei media, resa possibile da innovazioni tecnologiche e da una maggiore concorrenza tra i giornali, ebbe un ruolo cruciale nella lotta alla corruzione politica"*. Infine, *"non va dimenticato, però, che anche gli editori e i giornalisti possono essere soggetti alla corruzione. L'arma più efficace per contrastare tale eventualità è il pluralismo dei mezzi d'informazione: grazie a ciò ci sarà sempre un giornale (o un canale televisivo o un'emittente radiofonica) che riprenderà un fatto che un giornale unico avrebbe fatto passare sotto silenzio, o che rettificherà e approfondirà una notizia che altrimenti sarebbe stata trattata superficialmente"*³⁸⁹.

³⁸⁸ Così Musacchio V. – in Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione, Giustizia e Affari Interni, GA n. 1/2012

³⁸⁹ Sempre Musacchio V. - in [vd. nota precedente]

Bibliografia

Abriani N. e Giunta F. *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, Riv. Resp. amm. enti, 2012 n. III

Alibrandi G. e Cortesi A. *Nel tempo della corruzione globale, idee per un cambiamento*, Firenze 2016

Alessandri A. *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma* dalla Relazione introduttiva al *Convegno Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali di Courmayeur, 28–29 settembre 2012*, Diritto Penale Contemporaneo del 25.03.2013

Amato G. *Concussione: resta solo la condotta di «costrizione»*, da *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, Guida al Diritto n. 48/2012

Angeli F. *Mafia capitale archiviazione per Alemanno ed altri 112 indagati*, La Repubblica, 07.02.2017.

Anthony Appiah K. *Morale e Diritto in Quell'x tale che, introduzione alla filosofia contemporanea*, Bari, 2014

Anthony Appiah K. *Thinking it through. An introduction to contemporary philosophy*, Oxford, 2003

Antolisei F. *Manuale di diritto penale, Parte speciale Vol. II*, Milano, 2008

Attisano F., Bincoletto E., Cerretta A., Camussi P.M e altri, *Il Whistleblowing, Relazione della Associazione dei componenti dell'Organismo di Vigilanza*, Novembre 2015, www.aodv231.it

Balsamo A. *Gli interventi sulla disciplina sanzionatoria e sulla ipotesi di confisca* da Mattarella B.G. e Pellissero M., (A cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013

Bartoli R. *Le Sezioni Unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, Giurisprudenza italiana, 05.2014

Bartolini F. *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione e ai delitti di falso in bilancio*, Milano, 2017

Bartolomucci S. *Compliance Programs delle società in mano pubblica e prospettive d'integrazione in chiave di anticorruzione amministrativa*, *Le Società*, n.3/2016

Bartolucci M., "I conti della serva". *Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs induzione indebita*, *Le Società* N. 8/9, 2016

Bortoletti M. *Criminalità organizzata e Pubblica Amministrazione. Una lettura del "fenomeno corruzione" attraverso le Regioni. Obiettivo Convergenza*, da Riv. Quadr. Funzione Pubblica, Anno XVI - N. 1/2010

Benussi C. *I delitti contro la pubblica amministrazione, vol. I, I delitti dei pubblici ufficiali*, da G. Marinucci, E. Dolcini, (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2015

Benussi C. *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, *Diritto penale contemporaneo*, 26.06.2015

Bonfigli S. *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione* su www.astrid-online.it, 2010.

Bricola F. *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali* da *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1976

Cantone R. e Di Feo G. *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015

Cantone R., Parisi N., Valli L., Corrado A. e Greco M.G. *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*, www.anticorruzione.it

Cardani G. *Spunti di riflessione applicativa a partire dall'ordinanza del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004*, su www.rivista231.it

Casetta E. *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2015

- Cerquetti G. *Tutela penale della pubblica amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996
- Cingari F. *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, Diritto Penale Contemporaneo, 20. 02. 2012
- Cingari F. *La nuova riforma in tema di delitti contro la P.A., associazioni di tipo mafioso e falso in bilancio*, Diritto penale e processo n. 7/2015
- Cingari F. *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, Diritto penale e processo, 2015
- Cingari F. *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, Cassazione Penale, fasc.1, 2017
- Collica M.T. *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, Diritto Penale Contemporaneo, 27.02.2017, fasc. 2/2017
- Corso S.M. *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, Torino, 2012
- Davigo P. e Mannozi G. *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007
- De Nicola A. *L'organismo di vigilanza nelle società di capitali*, Torino, 2015
- De Simone G. *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi di imputazione*, Diritto penale contemporaneo, 28.10.2012
- Del Monte A. e Papagni E. *The determinants of corruption in Italy da Regional panel data analysis*, European Journal of Political Economy, 23.02.2007
- Del Vecchio A. e Severino P. (A cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno ed internazionale*, Padova, 2014
- Della Porta D. e Vannucci A. *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di Mani Pulite*, Bari, 1999
- Di Martino A. *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione* in contributo a Mattarella e Pelissero (A cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013

Di Mascio F. *Una relazione della Commissione Europea sulle politiche anti-corruzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 2/2014.

Dolcini E. *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, Riv. it. dir. proc. pen., 1999

Dolcini E. *La legge 190 del 2012: contesto, linee di intervento e spunti critici su Diritto Penale Contemporaneo*, 23. 09. 2013

Dolcini E. e Viganò F. *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, Diritto Penale Contemporaneo 27.04.2012

Fiandaca G. *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, Riv. It. Diritto e Procedura Penale, Febbraio 2000

Fiandaca G. e Musco E. *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2010

Fiandaca G. e Musco E. *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione in suppl. a Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 1: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2017

Fiorino N. e Galli E. *An analysis of the determinants of corruption: evidences from italian regions*, Polis Working Papers N.171/2010

Forti G. *L'insostenibile pesantezza della 'tangente ambientale': inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, Riv. It. Diritto e Procedura Penale, 1996.

Forti G. *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, Diritto Penale Contemporaneo, 16.09.2012

Gatta G.L. *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013

Gatta G.L. *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione ed induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*, Diritto Penale Contemporaneo, 17.03.2014

Garofoli R. *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.01.2013

Garofoli R. *Il contrasto alla corruzione. Il percorso intrapreso con la L. 6 Novembre 2012 n. 190 e le politiche ancora necessarie* da Diritto Penale Contemporaneo 22.02.2013

Garofoli R. *Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successori*, Diritto Penale Contemporaneo, 03.05.2013

Giunta F *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, Riv. Trim. diritto pen. ec., 2004/1

Grosso C.F. *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il Progetto anticorruzione di Mani Pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, Cass. pen., 1994

Lattanzi G. *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dlgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010

Liguori G. *La disciplina del whistleblowing negli Stati Uniti*, da Riv. Resp. Amm. Enti, 02/2014, reperibile su www.rivista231.it

Losappio G. e Aduasio S. *Blowing ... in the whistle: il primo rapporto dell'ANAC sul cd. whistleblowing*, Diritto Penale Contemporaneo, 08.06.2017

Lucianetti V. *Dal millantato credito al traffico di influenze illecite: l'evoluzione del bene giuridico tutelato dall'art. 346*, Diritto Online, 2015

Manes V. *La concussione ambientale da fenomenologia a fattispecie 'extra legem'*, Riv. Foro It., n. II/1999

Manes V. *Esigenza di una concretizzazione del bene giuridico tutelato da* http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01vo, 02/2010

Manganaro F. *Corruzione e criminalità organizzata* da Atti del seminario "L'area grigia della 'ndrangheta: relazioni di complicità' e collusione tra cultura, economia e politica", Reggio Calabria, Febbraio 2012

Manzini V. *Diritto Penale Italiano, Vol. V: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Milano 2008

Martines F. *La legge 190/2012 sulla repressione e prevenzione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione* da www.federalismi.it, 11.03.2015

Menditto F. *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto' (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, Diritto penale contemporaneo, 02.02.2015

Metrangolo S. *Traffico di influenze illecite e delitti di corruzione: una relazione tormentata. Tra principio di sussidiarietà, frammentarietà e tassatività della legge penale*, Giurisprudenza Penale 10/2016

Mirri M.B. *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, Diritto e Processo Penale 442/1980

Mirri M.B. *La corruzione dopo la riforma* da *Reati contro la pubblica amministrazione*, Coppi F. (A cura di), Torino, 1993

Mongillo V. *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Il libro dell'anno del diritto 2016* Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Diritto Penale Contemporaneo, 15.12.2015

Mongillo V. *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012

Montanari M. *la normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, Diritto Penale Contemporaneo, 01.07.2012

Musacchio V. *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, Giustizia e Affari Interni, G.A. n. 1/2012

Naddeo A. *Prefazione*, da G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi, *Il whistleblowing: nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2009

Padovani T. *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di concussione* in *Archivio Penale*, 12/2012

Padovani T. *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria da Legge anticorruzione/2: l’analisi delle norme penali*, Guida al Diritto 48/2012

Pagliari A. *Principi di diritto penale, Parte speciale: i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000

Pagliari A. e Parodi Giusino M. *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008

Palazzo F. *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011

Palazzo F. *le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, Cass. fasc. 10, Anno 2015

Paliero C.E. *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto* in contributo a *criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Barillaro M. (a cura di) Milano, 2004

Paliero C.E. *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in De Francesco G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, 2004.

Pannain R. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966

Pedrazzi C. *Millantato credito, “trafic d’influence”, “influence peddling”*, Diritto e Processo Penale, 1968

Pellisero M. *Relazione al Convegno ‘Novità normative e giurisprudenziale in tema di concussione e induzione indebita’*, Torino, 09.07.2015, www.studiolegalecavallo.com

Prontera S. *Osservazioni in tema di distinzione tra concussione e truffa aggravata ex art. 61 n. 9 c.p.*, L’Indice Penale, n. 3/1998

Pulitanò D. *La novella in materia di corruzione* in Cass. pen. suppl. al fasc. 11/2012.

- Riccio S. *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955
- Rinaldi F.V. *La legge “anticorruzione” e la riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, *FiloDiritto* 13.06.2013.
- Rampioni R. *Momento consumativo del delitto di corruzione ed escamotages giurisprudenziali in tema di decorso del termine di prescrizione*, Cass. pen. 1996, n. 2556
- Romano M. *I delitti dei pubblici ufficiali da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2013
- Romano M. *Traffico di influenze illecite da I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati da Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, 2015
- Seminara S. *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, *Diritto Penale e Processo*, 10/2012
- Sessa A. *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 1996
- Scalfari E. *Mani pulite ha aperto la battaglia d'autunno*, *La Repubblica*, 04.09.1994
- Spena A. *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (L. 69/2015)*, *Studium Iuris* N. 10, Ottobre 2015
- Tagliarini F. *Millantato credito* da *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, Milano, 1976
- Ubiali M.C. Nota a Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, *Diritto Penale Contemporaneo*, 20.06.2016
- Vannucci A. *Quanto costa la corruzione agli Italiani?* da *Il Sole 24 Ore* 28.01.2016
- Veneziani P. *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite* - *Cassazione Penale*, fasc.4, anno 2016

Viganò F. *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, Diritto Penale Contemporaneo, 11.01.2015

Visconti C. *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, Diritto Penale Contemporaneo, 15.06.2015

Zirulia S. *Riforma Orlando: la 'nuova' prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, Diritto Penale Contemporaneo 20.06.2017