

LUISS



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale della Pubblica Amministrazione

LA PREMIALITA' QUALE STRUMENTO DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

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

Chiar.mo Prof.
Angelo Carmona
CORRELATORE

Chiara Espureo
Matr. 131453
CANDIDATA

Anno Accademico 2018/2019

INDICE SOMMARIO

Introduzione	5
CAPITOLO I.....	9
LA LEGISLAZIONE PREMIALE IN ITALIA NELL'AMBITO DELLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA E PROFESSIONALE	9
1.1. Premessa.	9
1.2. La legislazione dell'emergenza tra gli anni '70 e gli anni '80: la legge 6 febbraio 1980, n. 15, concernenti "misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica".....	20
1.2.1. La circostanza attenuante applicabile al concorrente collaborante in caso di dissociazione (art. 4 del d. l. n. 625/1979, convertito con modificazioni nella l. n. 15/1980).....	25
1.2.2. La causa di non punibilità applicabile in caso di recesso dall'attività delittuosa e di collaborazione (art.5 del d. l. n.625/1979, convertito con modificazioni nella l. n.15/1980).	33
1.3. La normativa premiale degli anni '80: la l. 29 maggio 1982 n. 304 e la l. 18 febbraio 1987 n. 34.....	36
1.3.1. La legge 29 maggio 1982 n. 304: misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale.....	36
1.3.2. La legge 18 febbraio 1987, n. 34: misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo.....	44
1.4. L'estensione della normativa premiale alla criminalità organizzata... 53	
1.4.1. La circostanza attenuante della collaborazione attuata dal concorrente dissociatosi (art. 8 del D. L. n. 152 del 1991, convertito in Legge n. 203 del 1991).	57
1.4.2. La normativa premiale e gli strumenti di protezione dei collaboratori di giustizia.....	63

CAPITOLO II	76
I PRECEDENTI LEGISLATIVI E PROGETTUALI DELLA PREMIALITA’ IN TEMA DI REATI DI CORRUZIONE	76
2.1. I delitti di corruzione nel Codice penale.	76
2.2. Corruzione e normativa premiale. I precedenti progettuali sul tema. 81	81
2.2.1. La proposta di legge Azzaro ed altri: il d. d. l. del 31 maggio 1984, n. 1780. 	81
2.2.2. Lo scandalo di Tangentopoli e la proposta di Cernobbio del 1994. 	86
2.3. La lotta alla corruzione nell’ottica della prevenzione: la Legge 6 novembre 2012, n. 190.	98
2.3.1. Le modifiche apportate dalla riforma al sistema repressivo della corruzione.....	103
2.4. La Legge 27 maggio 2015, n. 65 e l’introduzione della circostanza attenuante della collaborazione processuale ex art. 323-bis, co. 2 c. p.	110
CAPITOLO III.....	122
LA PREMIALITA’ NEL SISTEMA DELINEATO DALLA LEGGE N. 3 DEL 2019.....	122
SEZIONE I	129
LA CAUSA DI NON PUNIBILITA’ EX ART.323-TER C. P.....	129
1. La determinazione dell’area della non punibilità.	132
2. Le condizioni di applicabilità.	135
3. I limiti negativi della non punibilità.	142
4. La natura dogmatica e il regime intertemporale.....	143
5. Prime considerazioni critiche.	144
6. L’estensione della figura dell’agente sotto copertura ai delitti contro la Pubblica Amministrazione e il <i>discrimen</i> con l’agente provocatore.	149

SEZIONE II.....	162
LA RILEVANZA DELLA COLLABORAZIONE NELLE DIVERSE FASI DEL PROCEDIMENTO	162
1. La collaborazione nella fase investigativa e processuale.....	162
2. La collaborazione nella fase esecutiva.	164
SEZIONE III	171
L'IMPATTO DELLA LEGGE N. 3 DEL 2019 SUL SISTEMA DELLA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DA REATO DEGLI ENTI ...	171
1. Lineamenti generali della responsabilità dell'ente ex d. lgs. n. 231 del 2001	172
2. La collaborazione processuale dell'ente nella legge c. d. "spazza corrotti"	183
2.1. Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente.....	186
2.2. Le criticità emerse in riferimento alla previsione della collaborazione processuale di cui all'art. 25, co. 5-bis.....	190
CAPITOLO IV	196
ALTRE FORME DI ROTTURA DEL PATTO DI SOLIDARIETA': INCENTIVI ALLA DENUNCIA DEI FATTI DI CORRUZIONE E WHISTLEBLOWING.....	196
4.1. Il whistleblowing nel quadro giuridico internazionale.	197
4.2. La tutela del segnalante nell'ordinamento italiano: l'art. 54-bis del d. lgs. n. 165 del 2001.	200
4.3. Segue: le innovazioni apportate dalla l. 30 novembre 2017, n. 179.	210
4.4. Il futuro del whistleblowing quale alternativa alla causa di non punibilità e alle altre misure premiali per i reati di corruzione della persona fisica e dell'ente.	216
Bibliografia.....	221

Introduzione

La corruzione è uno dei reati maggiormente diffusi a livello nazionale ed internazionale, contro cui governi ed organizzazioni lottano ormai da decenni, consci della necessità di apportare modifiche legislative tali da contrastare efficacemente un reato in continua evoluzione.

Soprattutto negli ultimi anni si è diffusa la consapevolezza di una sistematicità del fenomeno corruttivo, che penetra in una pluralità di ambienti, dalla Pubblica Amministrazione a quello imprenditoriale, quasi come fosse un cancro che, tramite metastasi, si diffonde in ogni apparato sociale, disgregando le regole del vivere civile, rompendo il vincolo di fiducia che lega i soggetti allo Stato e alterando le normali regole della concorrenza nel mercato.

Per questa ragione, si è avvertito sempre di più il bisogno di una risposta forte da parte dell'ordinamento, attuata principalmente attraverso lo strumento penalistico, con interventi di segno repressivo, con cui si inasprivano di volta in volta le pene, principali e accessorie, nella speranza di disincentivare la stipula dell'accordo corruttivo e, quindi, di evitare a monte la verifica del reato. Tuttavia, ben presto questo approccio si è mostrato inadeguato a contrastare la corruzione dilagante nel Paese, resa ancora più preoccupante dalla cifra oscura e dalla percezione che i cittadini ne hanno. Per questa ragione, negli ultimi anni, si è assistito ad un'importante stagione di riforma del settore dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, incentrata sulla crescente necessità di trovare un rimedio efficace alla corruzione ormai sistemica, anche prendendo spunto da esperienze legislative passate, come quella che si è delineata di fronte al grave fenomeno della criminalità organizzata e professionale, riprendendo da quest'ultima la tecnica legislativa incentrata sulla premialità.

L'elaborato si propone, quindi, di analizzare criticamente le innovazioni apportate con la recente legge n. 3 del 2019, più nota come legge "spazza corrotti", nel settore del contrasto alla corruzione, avvenute guardando alla premialità come

mezzo principale per garantire la rottura del patto corruttivo e per combattere efficacemente la corruzione sia della persona fisica che dell'ente.

Inizialmente, si procederà alla trattazione dell'evoluzione storica della legislazione premiale in Italia, originariamente applicata al settore della criminalità organizzata e professionale, come principale mezzo per affrontare l'emergenza terroristica e mafiosa dei c. d. anni di piombo di fronte all'inadeguatezza del sistema repressivo allora vigente, procedendo all'analisi di alcune delle disposizioni più importanti a tal proposito, in quanto poi divenute esemplificative per i successivi interventi legislativi e progettuali in materia di corruzione; si passerà, quindi, all'*excursus* storico della legislazione anticorruzione, analizzando i precedenti legislativi e progettuali della premialità per i reati di corruzione commessi dalla persona fisica, partendo dall'analisi dei più importanti progetti che sono stati presentati tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90, come risposta allo scandalo di Tangentopoli, in cui, muovendo dall'esperienza della legislazione antiterrorismo e antimafia, si intendeva riportare anche nel settore del contrasto alla corruzione l'idea di un incentivo alla collaborazione processuale dei correi come mezzo di rottura del vincolo di solidarietà criminale; tale idea, accantonata dalla riforma del novembre 2012 per privilegiare un approccio preventivo, è stata in parte ripresa dal legislatore del 2015, con una disposizione, il co. 2 dell'art. 323-*bis* c. p., recante la circostanza attenuante speciale della collaborazione processuale, il che ha riportato l'attenzione sull'opportunità dell'applicazione delle misure premiali come mezzo di lotta alla corruzione, senza però considerare i mutamenti che il fenomeno criminale aveva subito nel corso degli anni, con conseguenze in termini di effettività della normativa così delineata.

Nel solco tracciato da queste esperienze legislative e progettuali si colloca la legge n. 3 del 2019 o legge "spazza corrotti", che vede nell'introduzione di disposizioni premiali la sua novità più significativa. Si procederà quindi all'analisi del nuovo sistema della premialità, pensato in termini di agevolazione della rottura del *pactum sceleris* tra corrotto e corruttore, guardando sia alla persona fisica che alla persona giuridica; in una prima sezione, si analizzerà criticamente l'innovazione più importante, determinata dall'introduzione dell'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-*ter* c. p. per il reo autodenunciatosi, di cui si

esamineranno condizioni di applicabilità, limiti negativi e le prime critiche mosse alla norma, da cui si presume una sua inefficacia, anche in considerazione del rapporto intercorrente tra la previsione in commento e l'estensione della figura dell'agente sotto copertura ai reati contro la Pubblica Amministrazione.

Si procederà così all'esame della valenza della collaborazione secondo la legge del 2019, che ne ha ricollegato effetti diversi a seconda della fase del procedimento in cui venga prestata, riservando particolare attenzione alla fase di esecuzione della pena e al problema sorto in merito all'estensione del regime ostativo di carcerazione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. ad alcuni dei reati contro la PA, oggetto di ben due questioni di legittimità costituzionale.

Nella terza sezione, si procederà invece all'analisi critica dell'impatto della nuova legge sul sistema della responsabilità da reato degli enti *ex d. lgs. 231 del 2001*, esaminando l'estensione del regime premiale pensato per la persona fisica alla persona giuridica e le relative questioni critiche, discendenti dalla mancata considerazione della particolare natura della responsabilità di cui si discute, trattando anche della correlata possibile ineffettività a cui va incontro la nuova previsione della collaborazione processuale dell'ente di fronte alla commissione di un fatto di corruzione, ai sensi del co. 5-*bis* dell'art. 25 del decreto 231.

Infine, nel capitolo conclusivo, si esamineranno le possibili alternative extra-penali alla causa di non punibilità e alle altre misure premiali di cui si è trattato, delineate come efficace mezzo di contrasto alla corruzione della persona fisica e dell'ente; tuttavia, se si tengono in considerazione le caratteristiche odierne della corruzione, si può agevolmente comprendere come le ottimistiche aspettative del legislatore finiranno per essere disattese, poiché tale fenomeno non può in alcun modo essere efficacemente intercettato e debellato attraverso tali strumenti, destinati a rimanere sulla carta, in quanto pensati per contrastare fenomeni corruttivi privati, ormai costituenti la forma più rara del reato in questione, con la conseguenza che, invece, le situazioni più gravi e diffuse di corruzione sistemica, che le misure premiali non sono in grado di contrastare efficacemente, rimarrebbero sostanzialmente impuniti; per questo sarebbe opportuna l'applicazione di strumenti di contrasto alternativi, di natura extra-penale, che incentivino la denuncia di situazioni di illegalità di cui si sia venuti a conoscenza, favorendo l'emersione delle

stesse, senza dover necessariamente passare attraverso la collaborazione dei concorrenti nel reato; a tal fine, particolarmente utile sarebbe lo strumento del *whistleblowing*, anche in ragione dei vari interventi normativi di potenziamento che si prefigurano a seguito dell'emanazione della Direttiva UE dell'aprile del 2019 in materia, poiché, incentivando la denuncia da parte dei singoli cittadini, estranei al reato di cui siano venuti a conoscenza, dietro previsione di particolari e piuttosto ampie tutele per evitare che siano soggetti a ritorsioni, si potrebbe essere in grado di contrastare efficacemente la corruzione così come si presenta al giorno d'oggi, alimentando la diffusione della cultura della legalità nel settore pubblico e privato.

CAPITOLO I

LA LEGISLAZIONE PREMIALE IN ITALIA NELL'AMBITO DELLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA E PROFESSIONALE

1.1. Premessa.

Il fenomeno del diritto penale premiale ha avuto un ampio sviluppo soprattutto nell'ambito della legislazione dell'emergenza, che ha avuto il momento di massima espansione durante gli anni del terrorismo, a partire dalla fine degli anni '70, in cui cominciarono ad essere emanate le prime norme che incentivavano alla collaborazione con l'autorità giudiziaria, dietro l'incentivo di un premio, consistente, a seconda dei casi, in diminuzioni di pena o in esclusioni della punibilità del fatto di reato commesso. Si tratta di previsioni di legge che però non erano estranee alla tradizione legislativa italiana.

Dal punto di vista storico, sono norme che hanno trovato la loro maggior espressione nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato; è soprattutto nel settore dei reati politici che il legislatore, in nome della tutela della *ragion di Stato*, ha incentivato la denuncia di accordi criminosi e il recesso dagli stessi attraverso la garanzia della successiva impunità, nel caso in cui l'autore del reato avesse consentito agli organi inquirenti di impedire che si realizzassero reati ulteriori, oggetto dell'accordo criminoso, ovvero di evitare direttamente l'operare dell'accordo¹. La previsione di questa tipologia di disposizioni trova la sua *ratio* nella volontà del legislatore del 1930 di anticipare la tutela, promettendo l'impunità

¹ È il caso dell'art. 308 c. p., che prevede la non punibilità dei delitti di cui agli artt. 304 (cospirazione politica mediante accordo), 305 (cospirazione politica mediante associazione) e 307 (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata) nei casi in cui “*prima che sia commesso il delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è costituita, e anteriormente all'arresto, ovvero al procedimento: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione; 2) non essendo promotori o capi, recedono dall'accordo o dall'associazione. Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata costituita*”.

per chi sventasse delle minacce al bene giuridico che si voleva proteggere da eventuali lesioni; in questo modo, la previsione di forme anticipate di tutela, insieme all'operare del meccanismo premiale, faceva sì che venisse garantito un unico risultato, quello di evitare il pericolo di lesione dei beni giuridici tutelati. Si tratta in ogni caso di norme che nel corso degli anni hanno avuto degli sviluppi importanti; in una prima fase, che risale agli anni '30, erano basate sulla figura del ravvedimento sostanziale, ricollegando gli effetti premiali a condotte che venivano realizzate al di fuori del processo, o comunque prima che il fatto venisse conosciuto dall'autorità giudiziaria, impedendo così che si configurassero altri sviluppi lesivi. A partire dagli anni '70 trovò applicazione la collaborazione processuale, volta a garantire un ausilio all'attività di indagine, attraverso, ad esempio, la fornitura di prove utili alla individuazione e cattura dei concorrenti; si tratta di meccanismi premiali che estendono il proprio ambito applicativo rispetto al passato, venendo previsti espressamente in riferimento ai reati di terrorismo, eversione dell'ordine democratico ed associazione criminosa, per essere estesi a partire dagli anni '90 anche in materia di sostanze stupefacenti, di criminalità organizzata e corruzione.

Secondo alcuni autori², la punibilità viene individuata dal legislatore, nel momento in cui prevede tali disposizioni, come momento da valutare separatamente alle altre componenti del reato, tanto da poter essere oggetto di un rapporto di scambio, in cui la pena viene vista come “moneta di cui si paga il delitto”³; sono norme che vengono emanate per svolgere la stessa funzione che viene attribuita alle fattispecie incriminatrici, quella di tutela dei beni giuridici, assicurando una protezione che però viene ad operare in un momento successivo alla commissione dell'attività delittuosa; quando infatti la tutela preventiva al bene giuridico, garantita attraverso la sanzione penale, risulta inefficace, comunque quella tutela continua a trovare applicazione grazie alla misura premiale, sempre che la natura del bene giuridico lo consenta, attraverso una forma di “compensazione

² Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale- Parte generale, II*, Firenze 1907, 10° ed., § 696, p. 85, citato da T. PADOVANI, *La soave inquisizione- Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1981;

³ Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit. riprendendo un'espressione di Papiniano (*Poena est aestimatio delicti*).

remunerativa”⁴; secondo Franco Bricola⁵, sono situazioni particolari, previste nell’ordinamento, da interpretare come “momenti premiali [...] che non si esauriscono ma integrano la sanzione penale”, di “tecniche di incoraggiamento che si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie di tipo afflittivo e che sono dirette a stimolare da parte del reo o un arresto della condotta criminosa [...] ovvero che esprimono un significato antitetico rispetto a quello manifestato dalla condotta criminosa”.

Le varie disposizioni premiali, a partire da quelle presenti nel codice Rocco, possono essere oggetto di una classificazione, elaborata da Padovani⁶, che tiene conto di alcune connotazioni proprie di tutte le norme, formate prendendo a modello il *ravvedimento sostanziale ovvero operoso*, in cui: a) la condotta che integra il ravvedimento viene individuata in un comportamento simmetrico ma contrario a quello previsto dalla fattispecie criminosa, con la conseguenza che allo svolgimento condotta antitetica si ricollega la non punibilità del fatto o l’applicazione di circostanze attenuanti; b) la condotta che il reo deve porre in essere deve determinare l’eliminazione o, almeno, un’attenuazione delle conseguenze dannose provocate, con la conseguenza che se il bene giuridico può essere tardivamente salvaguardato attraverso quel comportamento, allora il reo beneficerà della non punibilità, se invece la contro-condotta determina semplicemente un’attenuazione del danno o dell’offesa arrecata al bene, ormai leso, l’ordinamento applicherà una circostanza attenuante⁷; c) è richiesto che sussista la causalità tra quanto richiesto dalla norma premiale e la condotta di ravvedimento, che deve garantire un effettivo raggiungimento del risultato previsto, altrimenti la disposizione non potrà operare; d) è necessaria la volontarietà del ravvedimento,

⁴ V. T. PADOVANI, *La soave inquisizione- Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1981, p. 535.

⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto penale e sistema premiale- Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla fondazione “Avv. Angelo Luzzani” di Como, Milano 1983*, p. 126 s., in T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, op. cit., 1980.

⁶ Cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, op. cit., 1980, p. 532 s.

⁷ Cfr. C. RUGA RIVA, *La struttura delle fattispecie premiali*, in *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 373, §2.

cioè si richiede una connessione psicologica tra la condotta e l'autore della stessa, senza necessità di individuare la motivazione che l'ha determinata.

Alle classiche fattispecie premiali del codice Rocco, il legislatore, nel corso degli anni '70, ne ha aggiunte delle altre, basate sulla collaborazione processuale, articolata in tre diverse forme⁸; a) le norme premiali di collaborazione processuale *pura*, individuate, ad esempio, nell'art. 4, seconda parte del d. l. n. 625 del 1979⁹ in materia di terrorismo o eversione dell'ordine democratico, o nell'art. 630, comma 5 seconda parte c. p.¹⁰, per il “*concorrente che, dissociandosi da altri... aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti*”, o ancora nell'art. 3 della l. n. 304 del 1982¹¹ sul terrorismo, per chi si dissocia e “*rende piena confessione di tutti i reati commessi e aiuta l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati commessi per la medesima finalità ovvero fornisce comunque elementi di prova rilevanti per l'esatta ricostruzione del fatto e la scoperta degli autori di esso*” e nell'art. 74, comma 7, prima parte, del D. P. R. n. 309 del 1990¹², che stabilisce dei benefici “*per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato*”; b) le fattispecie di collaborazione processuale *mista*, dove è necessaria la presenza tanto del ravvedimento sostanziale che di quello processuale, come previsto nell'art. 5 del d. l. n. 625 del 1979¹³, per cui “*non è punibile il colpevole di un delitto commesso con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli*

⁸ Cfr. C. RUGA RIVA, *La struttura delle fattispecie premiali*, in *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., 2002, § 3, p. 375 s.

⁹ V. § 1.2.1., *L'attenuante dell'art. 4 del d. l. n. 625/1979, convertito in l. n. 15/1980*.

¹⁰ V. § 1.2. *La legislazione dell'emergenza tra gli anni '70 e '80: la legge 6 febbraio 1980, n. 15, concernenti misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*.

¹¹ V. § 1.3, *La normativa premiale degli anni '80: la l. 29 maggio 1982, n. 304 e la l. 18 febbraio 1987, n. 34*.

¹² In materia di sostanze stupefacenti.

¹³ V. § 1.2.2., *La causa di non punibilità di cui all'art.5 del d. l. n. 625/1979, convertito in l. n. 15/1980*.

eventuali concorrenti”; c) le fattispecie di collaborazione processuale cd. *eventuale* o *alternativa*, che guardano alla condotta ausiliaria posta in essere dall’imputato come idonea a impedire le conseguenze dannose ulteriori che derivino dal reato, come previsto per l’art. 8 della l. n. 203 del 1991¹⁴, in materia di criminalità mafiosa, in cui si prevedono dei benefici per *“l’imputato che, dissociandosi da altri, si adopera per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e l’individuazione e la cattura degli autori dei reati”*. Vi è una caratteristica comune ai tre modelli, individuata nelle finalità esclusivamente o congiuntamente probatorie della collaborazione, utile per l’accertamento del fatto e l’individuazione e cattura dei concorrenti del reato.

È possibile anche identificare un modello ulteriore di collaborazione processuale, in riferimento alla sottrazione di risorse utilizzate per commettere il reato, come accade nell’art. 73 del D. P. R. n. 309 del 1990, che prevede il riconoscimento di un premio per colui che *“si adopera per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti”*; in questo ultimo modello, a differenza di quello *sub c)*, in cui il fine di impedimento dell’evento è garantito attraverso un contributo probatorio (in termini di accertamento del fatto ed individuazione degli autori), la collaborazione processuale è individuata in un fine intermedio, quale la sottrazione o il sequestro di risorse rilevanti per commettere i delitti.

Nell’analisi delle disposizioni penali premiali è importante anche rilevare come vi sia un’ulteriore caratteristica comune, determinata dal fatto che si discute di norme che si riferiscono a delle specifiche classi di reato, quali reati a dolo specifico e reati associativi; nei primi rientrano, ad esempio, le normative premiali antiterrorismo, in riferimento ai reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico, mentre, riguardo ai secondi, si allude alle disposizioni in materia di antiterrorismo, in riferimento a specifici reati, quali

¹⁴ V. §1.4., *L’estensione della normativa premiale alla criminalità organizzata*.

l'associazione di tipo mafioso; tenendo in considerazione soprattutto quest'ultima categoria, è possibile notare come la collaborazione processuale sia stata introdotta per contrastare non solo i singoli reati scopo, perseguiti dall'associazione, ma anche l'associazione stessa; in queste situazioni, il legislatore ha deciso di premiare la collaborazione di chi si sia reso responsabile di questi particolari reati, anche se ormai hanno leso il bene giuridico, considerando la necessità non tanto di vedersi dare un contributo probatorio rilevante per le indagini, quanto di indebolire l'associazione criminale, finalità che si evince dalla circostanza che si è voluto subordinare la concessione del premio alla condotta di *dissociazione*. Dal punto di vista criminologico, i reati per i quali sono previsti tali meccanismi premiali non sono solamente reati associativi e a dolo specifico, ma anche reati diversi, che comunque si qualificano per essere costruiti come dei fenomeni caratterizzati da vari episodi interconnessi, tanto da formare una sorta di rete, con la conseguenza che la scoperta di uno solo di questi può aiutare nella ricerca degli altri e nella prevenzione di possibili ulteriori delitti; sono reati che, nonostante non richiedano necessariamente la forma associativa o plurisoggettiva per la loro realizzazione, si inseriscono all'interno di "reti criminali", di veri e propri circuiti criminosi¹⁵, motivo per cui anche la conoscenza di un singolo episodio criminoso o la cattura di un unico soggetto garantirà del materiale probatorio che in ogni caso sarà utile a prevenire sia il singolo reato che tutti quelli ad esso ricollegati, che sono propri dello specifico circuito criminoso considerato, come accade nel caso del privato corrotto, che, andando a svelare i meccanismi della corruzione, può fornire un contributo probatorio fondamentale per l'individuazione e cattura del corruttore e da ciò portare alla scoperta di un giro di corruzione più ampio¹⁶. In definitiva, il premio a seguito della collaborazione processuale effettivamente prestata sarà ricollegato tradizionalmente ai reati associativi e a dolo specifico, a cui si aggiungono, per le caratteristiche sopra descritte, reati non associativi e di danno, tutti accomunati dal

¹⁵ In riferimento al reato di corruzione, come affermato da G. FORTI, *Unicità o irripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione "sostenibile" dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 1075, dove, in relazione alla corruzione, nell'esperienza italiana a seguito di "mani pulite", parla di "natura circolare, replicante, diffusa [...] sistemica".

¹⁶ V. Cap.2, La causa di non punibilità nei reati di corruzione.

fatto che le varie condotte hanno carattere seriale e risulta particolarmente difficile l'accertamento probatorio.

Indipendentemente dal reato a cui si riferiscono, ogni fattispecie premiale di collaborazione processuale presenta delle caratteristiche comuni: la mera volontarietà, l'idoneità della condotta a raggiungere il risultato probatorio, il "serio adoperarsi" e la previsione di limiti temporali entro cui la collaborazione deve essere effettuata.

Per quanto riguarda la mera volontarietà, questa richiede al collaboratore solamente di attivarsi perché si giunga ad un concreto ed effettivo risultato probatorio, non importa se determinata da effettivo pentimento, da ragioni utilitaristiche o che sia sorta spontaneamente o meno, tanto che questo ultimo requisito non viene richiamato nelle distinte norme¹⁷, se non da un'unica disposizione di tipo sostanziale¹⁸. Perché la condotta determini dei benefici, è però necessario, oltre alla volontarietà (ma non spontaneità) della stessa, che la collaborazione sia idonea a garantire dei risultati sul piano probatorio o nella individuazione e cattura dei concorrenti¹⁹; l'idoneità verrà valutata sulla base della

¹⁷ Nel c.d. "progetto Mani Pulite", l'art. 10, comma 1, delle proposte in materia di corruzione prevedeva la sostituzione dell'art. 321 c. p. con un nuovo testo, per cui "*non è punibile chi ha commesso il fatto previsto dall'art. 317 e dall'art. 318 (rispettivamente pene per il corruttore e il corrotto, secondo la previsione normativa elaborata nel progetto) qualora, prima della notizia sia iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili*". Nonostante l'articolo preveda la spontaneità della denuncia, si ritiene che l'uso di questo avverbio non indichi la necessità di un'attività sinceramente spontanea dell'interessato nel presentare la stessa, tanto che il limite dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e quello temporale di tre mesi dalla commissione del fatto sembrano far intendere che, se avvenuta nel rispetto degli stessi, la collaborazione sarebbe ritenuta spontanea a prescindere dall'effettiva volontà del soggetto, con la conseguenza che sarebbe ritenuta valida anche nel caso di dichiarazione condizionata da eventi esterni; v. § 2.2.2. *Lo scandalo di Tangentopoli e la proposta di Cernobbio del 1994*.

¹⁸ L'art. 171-*nonies* della l. 633 del 1941 riconosce un premio per chi denunci spontaneamente la violazione commessa prima che questa sia specificatamente contestata in un atto dell'autorità giudiziaria; in questo caso, la spontaneità dell'autodenuncia viene considerata volontarietà.

¹⁹ Ci si riferisce a tutte quante quelle ipotesi in cui la fattispecie premiale contiene formule come "si adopera per..." o "rivela quanto sa circa fatti la cui conoscenza sia idonea...", come accade nell'art. 630, comma 5, c. p., l'art. 4 del d. l. n. 625 del 1979, gli artt. 73, comma 7, e 74, comma 7, del D. P. R. n. 309 del 1990 e l'art.8 della l. n. 203 del 1991.

fornitura di nuove informazioni agli organi inquirenti, o di informazioni che vadano a consolidare o arricchire le conoscenze già acquisite su un determinato fatto, che siano *ex ante* adeguate al raggiungimento dei risultati previsti dalle fattispecie premiali; in questa maniera si evita l'inapplicabilità del beneficio premiale nel caso di mancato raggiungimento dello scopo perseguito dalla norma, se la situazione è stata conseguenza della negligenza o imperizia dell'attività d'indagine svolta e non di una situazione determinata da chi collabori. Ma vi sono anche alcune disposizioni premiali che richiedono, per la loro operatività, che si sia realmente configurato un risultato investigativo o probatorio, cioè il necessario sussistere del nesso causale tra la condotta collaborativa e l'esito previsto, utilizzando, nella descrizione della norma, formule come "consente l'individuazione dei correi" o "ha contribuito [...] affinché il fatto potesse essere scoperto"; si tratta, in ogni caso, di situazioni che il legislatore ha circoscritto a quei reati per cui l'accertamento risulta più agevole, ad esempio in materia di diritto d'autore o di ricettazione.

Un ulteriore requisito è costituito dal serio adoperarsi del collaboratore nella sua attività di cooperazione, che va a connotare in termini oggettivi la volontarietà della condotta di collaborazione, aggiungendosi al requisito della idoneità della stessa a pervenire al risultato espressamente previsto; in questo modo verranno escluse dall'ambito di applicazione della norma premiale tutte quelle condotte di collaborazione che presentano dei profili di reticenza e di falsità, volte, più che ad una vera collaborazione, ad un depistaggio dell'attività inquirente. L'importanza che si attribuisce a livello normativo al serio adoperarsi viene dimostrata anche dalla previsione di disposizioni processuali che prevedono una revisione delle sentenze che hanno applicato dei benefici premiali a quei collaboratori che abbiano rilasciato dichiarazioni poi rivelatesi false e reticenti²⁰.

²⁰ Ci si riferisce all'ipotesi contemplata nell'art. 16-*septies* del d. l. n. 8 del 1991, convertito dalla l. n. 82 del 1991, introdotto dall'art. 14 della l. n. 145 del 2001 in materia di collaboratori di giustizia, che disciplina un istituto eccezionale, il quale permette di procedere alla revisione *contra reum* delle sentenze che abbiano applicato delle circostanze attenuanti ai collaboratori di giustizia, se l'applicazione è da ricollegare a dichiarazioni false o reticenti, oppure se, entro 10 anni dal passaggio in giudicato della sentenza, commette un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, nel caso in cui sia indicativo della permanenza del soggetto nell'organizzazione criminale. A sua volta, il comma 7 della stessa norma prevede l'aumento della pena prevista per il reato di

Perché la collaborazione processuale produca gli effetti previsti dalla rispettiva normativa, è necessario anche venga prestata in un lasso di tempo predeterminato. Bisogna a questo proposito distinguere a seconda che la collaborazione sia volta ad ottenere dei benefici premiali ovvero penitenziari; in quest'ultimo caso, la collaborazione può essere prestata anche dopo la sentenza di condanna, durante il periodo di esecuzione della pena, per i reati previsti all'art. 51, comma 3-bis c. p. p.; diversamente, nel caso dei benefici sostanziali, bisogna fare riferimento alle singole norme. Se la stessa non prevede dei limiti temporali, la collaborazione potrà essere prestata fino, di regola, alla chiusura dell'istruzione dibattimentale, mentre, negli altri casi, sarà la stessa norma ad individuare i termini entro cui prestare l'attività di collaborazione.

La previsione di un premio da ricollegare all'attività di collaborazione processuale mostra la volontà del legislatore di sacrificare la risposta punitiva in alcuni casi, di fronte alla possibilità di reperire delle informazioni utili non solo a reprimere i singoli reati commessi dal collaboratore, ma anche a prevenire i reati ad esso connessi. Queste previsioni sono state oggetto di molte critiche, soprattutto riguardo la legislazione dell'emergenza degli anni '80; si è ritenuto, infatti, che questa abbia trovato la sua fonte di legittimazione nella politica, poiché è stata frutto di una serie di scelte dettate dalla "ragion di Stato", il che pone queste disposizioni in una posizione di contrasto rispetto ai principi dello stato di diritto, in cui anche gli obiettivi della politica devono essere perseguiti nel rispetto del diritto. Queste considerazioni però non tengono conto del fatto che si tratta di norme emanate in un momento storico particolare, in cui vi era la forte esigenza di difendere lo Stato; erano quindi norme eccezionali che si inserivano all'interno di un fenomeno anch'esso eccezionale, quale quello dell'emergenza terroristica, con la conseguenza che, nella loro formulazione, bisognava necessariamente tenere conto della particolarità dei delitti che si dovevano fronteggiare; questo modo di fronteggiare l'emergenza è stata da molti vista con sospetto, ritenendo che avrebbe potuto

calunnia da un terzo alla metà "quando risulta che il colpevole ha commesso il fatto al solo scopo di usufruire delle circostanze attenuanti di cui al comma 1 o dei benefici penitenziari o delle misure di tutela o misure speciali di protezione previsti dall'art. 16-nonies e dal capo II".

portare a trattare “la legislazione dell’emergenza come una legislazione dell’ordine pubblico”²¹.

È innegabile che la legislazione dell’emergenza abbia un’impronta politica importante, in quanto nasce in situazioni in cui si avverte la necessità di una risposta forte da parte dell’ordinamento, tanto da mettere da parte, in riferimento ad alcuni reati, le istanze punitive, tradizionalmente ricollegate all’operare del diritto penale, per privilegiare degli incentivi alla collaborazione, in ottica di maggior garanzia delle istanze general- preventive di tutela, incidendo profondamente sulla struttura del sistema penale repressivo. A seguito dell’introduzione di queste modifiche, l’ampiezza del beneficio è rapportata in via diretta all’entità della collaborazione, con delle conseguenze critiche; ad esempio, tenendo conto delle diverse posizioni che il collaboratore può ricoprire all’interno dell’organizzazione terroristica od eversiva, sicuramente avranno maggiore importanza dal punto di vista probatorio le informazioni rilasciate da chi organizza e pianifica l’attività, piuttosto che quelle rilasciate da chi sia mero esecutore, con il rischio di non ritenere quest’ultimo meritevole del beneficio premiale. A queste critiche si aggiunge la considerazione per cui il trattamento favorevole viene previsto per chi collabora attivamente, a prescindere dal reato concretamente commesso, al solo fine di garantire una rottura con l’organizzazione di appartenenza. Per questo motivo, alcuni autori²² ritengono che questi incentivi premiali si correlino “sì alla prevenzione generale, ma in termini non di funzionalità, bensì di *dis-funzionalità*”; questa conclusione deriva dalla considerazione per cui, normalmente, la prevenzione generale, in riferimento al sistema punitivo, mostra la capacità del sistema di garantire un controllo e di prevenire la commissione di fatti che potrebbero danneggiare la società attraverso gli adeguati sistemi di ricerca e di indagine, con la conseguenza che la previsione di tecniche premiali che si ricollegano alla collaborazione da parte del colpevole interviene allo scopo di rimediare all’incapacità degli organi inquirenti di operare, fondandosi su una lacuna del sistema, su un suo disvalore, tanto che si riteneva che

²¹ Così C. LANZOTTI, *La legislazione emergenziale*, in *Le politiche legislative di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di S. STAIANO, Jovene Editore, 2003, p. 169 s.

²² V. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1986, p. 420 s.

questa risposta da parte dell'ordinamento servisse sostanzialmente ad ammettere il fallimento delle politiche criminali di lotta al terrorismo eversivo fino ad allora praticate, basate su un semplice aggravamento delle pene.

Il premio per la collaborazione processuale viene così individuato come un anomalo mezzo di indagine, in cui si rimette alla discrezionalità del giudice la possibilità di applicare al reo il beneficio, in situazioni in cui però il legislatore non ha indicato in maniera certa i parametri di valutazione dell'effettivo contributo prestato, usando formule piuttosto vaghe (come nell'art. 4 co. 1 del d. l. n. 625 del 1979, in cui fa riferimento alla "raccolta di prove *decisive* per l'individuazione o cattura dei concorrenti, o ancora, nell' art. 3 della l. n. 304 del 1982, dove al comma 1 richiama le "prove *decisive*" e al comma 2 i "comportamenti di *eccezionale* rilevanza") che il giudice potrà interpretare, a seconda dei casi, in maniera diversa. In questo modo gli si offre uno strumento di persuasione molto efficace, in cui al reo viene mostrata la possibilità di scegliere tra l'applicazione della pena e una sua radicale inoperatività, il che va inevitabilmente ad incidere sul comportamento processuale del colpevole, che vede la propria collaborazione come vera e propria merce di scambio per la sua impunità o per un'attenuazione considerevole della pena. Per alcuni si tratta di un meccanismo assimilabile alla tortura²³; in entrambi i casi si utilizza sull'imputato uno strumento di pressione, che può avere natura coercitiva o premiale, in cui si richiede al soggetto di rilasciare delle informazioni per sfuggire alla violenza come alla pena; si tratta di due strumenti assimilabili, in quanto accomunate dalla funzione inquisitoria che rivestono, con la differenza che i meccanismi premiali hanno dei contenuti opposti: "non la minaccia, ma la speranza, non la violenza, ma la mitezza, costituiscono il veicolo di penetrazione. L'inquisizione si è fatta soave, ma la logica è la stessa, ispirata all'intervento diretto sull'imputato che viene sollecitato a diventare mezzo di prova, a rendersi cooperatore attivo della ricerca processuale sotto la pressione di stimoli adeguati"²⁴.

Critiche a parte, il fenomeno del diritto penale premiale ha avuto un ampio consenso negli anni del terrorismo eversivo, soprattutto per i risultati che sono stati

²³ V. T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 541, richiamando Carmignani

²⁴ Così T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit.,

raggiunti attraverso l'applicazione di quelle norme, tanto che negli anni successivi sono state riproposte in forma analoga in diversi ambiti, *in primis* per fronteggiare la criminalità mafiosa, attraverso, ad esempio, la legge sui collaboratori di giustizia (l. n. 45 del 2001), ma anche per situazioni diverse, come per i reati in materia di corruzione²⁵; in ogni caso, si tratta di disposizioni normative che sono state create sempre tenendo in considerazione la legislazione premiale dell'emergenza degli anni '70 e '80, che presentano caratteristiche peculiari, meritevoli di una più attenta disamina.

1.2. La legislazione dell'emergenza tra gli anni '70 e gli anni '80: la legge 6 febbraio 1980, n. 15, concernenti “misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica”.

Nell'esperienza italiana, particolarmente importante è stato il ricorso all'attenuante e alla causa di non punibilità della collaborazione processuale, soprattutto tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80, in cui ci si è trovati a fronteggiare un'emergenza, quella del terrorismo e della criminalità organizzata, che ha spinto il legislatore ad emanare una serie di provvedimenti urgenti, sia di tipo sostanziale che processuale, per fronteggiare dei fenomeni che il diritto penale tradizionale non era più in grado di contenere, inaugurando quello che viene ricordato come il periodo della “legislazione dell'emergenza”. È stato infatti proprio nell'ambito della lotta contro la criminalità terroristica e mafiosa che lo strumento del premio per la collaborazione processuale ha trovato un vastissimo utilizzo, nonostante le continue opposizioni di parte della dottrina²⁶. In quegli anni,

²⁵ Ci si riferisce sia alla “proposta di Cernobbio” del 1994 sia alla l. n. 3 del gennaio 2019, cd “spazza corrotti”, che ha introdotto nel Codice penale l'art. 323- *ter* (*causa di non punibilità*).

²⁶ Cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen, 1981, p. 529s, il quale afferma che “il quadro che si delinea in prospettiva è così quello di un sistema penale e processuale che, nella repressione delle forme più gravi di delinquenza, si affida alla delazione e stabilisce la graduazione della responsabilità in funzione dell'atteggiamento del reo durante le indagini e nel corso del procedimento. È probabile che un sistema così fatto soddisfi le esigenze della ragione strumentale, ottenga cioè quei risultati pratici che i normali mezzi d'indagine e l'azione politica non possono assicurare; ma quale prezzo debba essere pagato in termini di civiltà del sistema penale e del costume giudiziario, è difficile dire: anche la barbarie può avere un volto umano”.

si è assistito all'insorgere di una sensazione di sfiducia nello Stato, non ritenuto in grado di rispondere a quel bisogno sempre maggiore di sicurezza, determinato dal crescente aumento dei fenomeni di terrorismo e criminalità mafiosa. Per fronteggiare questo clima, il legislatore italiano è intervenuto attraverso l'emanazione di nuove norme di segno repressivo, aggravando le sanzioni previste per quei particolari reati, ma anche attraverso previsioni volte ad organizzare al meglio il sistema investigativo degli inquirenti; da qui l'applicazione di norme che prevedevano delle attenuanti speciali per coloro che avessero collaborato in maniera proficua con l'autorità giudiziaria. Si trattava di disposizioni in parte nuove per il diritto penale italiano; all'interno del codice Rocco vi era già la presenza di una forma di diritto premiale, rappresentata, ad esempio, dagli istituti della desistenza volontaria e del recesso attivo, che erano preposti ad incoraggiare il ravvedimento del reo, con conseguente attribuzione di una diminuzione di pena o, addirittura, dell'impunità; tuttavia, nonostante la presenza di tali disposizioni, non vi era all'epoca una specifica norma che esortasse il reo a collaborare con la giustizia, per garantire un effettivo contributo alle indagini, sia per quanto riguarda l'acquisizione di prove sia per l'individuazione di eventuali compartecipi al reato. Un primo esempio di premio per la collaborazione processuale è legato alla modifica del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, determinato dall'uccisione dell'On. Aldo Moro, a seguito del suo precedente sequestro; questa situazione di particolare gravità spinse infatti il legislatore all'emanazione del d. l. 21 marzo 1978, n. 59, che prevedeva la riscrittura dell'art. 630 c.p., rubricandolo "sequestro di persona a scopo di estorsione, di terrorismo o di eversione". Tuttavia, la legge di conversione 18 maggio 1978, n. 191 sdoppiò la fattispecie, introducendo il nuovo art. 289-bis c.p. (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione). In riferimento a questa nuova norma, particolarmente importante è stata la previsione di cui al comma 4, che stabilisce una riduzione consistente di pena (reclusione da 2 a 8 anni, rispetto alla pena base della reclusione da 25 a 30 anni individuata nel comma 1) nel caso in cui il concorrente nel reato si dissoci dagli altri, adoperandosi in modo tale da far riacquistare la libertà al soggetto passivo, stabilendo una pena maggiore (reclusione da 8 a 18 anni) nel caso di morte del soggetto sequestrato, avvenuta dopo la liberazione. Ma sicuramente di notevole

impatto dal punto di vista delle previsioni premiali è stata la modifica dell'art. 630 c.p.²⁷, avvenuta in un primo momento con la legge 14 ottobre 1974, n. 497, che ha previsto l'applicazione, nel comma 4, della normativa premiale nei confronti dell'agente o del concorrente che si fosse adoperato per far riacquistare la libertà al soggetto passivo, senza che tale risultato fosse determinato dal versamento della somma richiesta per la liberazione; tale disposizione venne poi riconfermata nel d. l. n. 59 del marzo 1978 e nella legge di conversione, dove venne eliminato il riferimento all'agente ed introdotto il requisito della dissociazione, per poi infine essere riproposta nella l. 30 dicembre 1980, n. 894.

Nonostante le modifiche effettuate nel corso di pochi anni, in ogni caso il comma 4 dell'art. 630 c.p. ha sempre rappresentato un'ipotesi di ravvedimento sostanziale, in cui si premia una condotta che va ad incidere sull'offesa già arrecata, per evitare che questa si protragga ulteriormente. Ma l'art. 630 c.p. prevede anche un'altra disposizione premiale, individuata nel comma 5, per cui si sostituisce alla pena dell'ergastolo quella della reclusione da 12 a 20 anni, con diminuzione delle altre pene da un terzo a due terzi “ *nei confronti del concorrente che, dissociandosi*

²⁷ Con la sentenza n. 68 del 23 marzo 2012, la Corte costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede che la pena sia diminuita quando “*per la natura, la specie, i mezzi e le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità*”. La Corte riconosce tale illegittimità attraverso il richiamo comparatistico all'art. 289-bis c. p.; le due norme, infatti, presentano vari tratti in comune, tra cui la matrice storica, la condotta che integra il delitto, distinta solo per il dolo specifico richiesto (finalità di estorsione, per l'art. 630, e finalità di terrorismo o di eversione, per l'art. 289-bis), la pena base irrogata, in entrambi i casi tra i venticinque e i trenta anni di reclusione, come anche nelle circostanze attenuanti, ricollegate alla dissociazione del reo e alla sua collaborazione *post delictum*. Nonostante poi le condotte incriminate vadano a ledere beni giuridici di diverso rango costituzionale (poiché, oltre alla lesione in comune alla libertà del soggetto passivo, vi è anche un'offesa al patrimonio, per il sequestro a scopo di estorsione e un'offesa all'ordine democratico, per il sequestro con finalità di terrorismo od eversione), dove sicuramente la prevalenza del secondo bene giustifica l'applicazione di disposizioni più severe per quel reato, in ogni caso, questo rilievo non può comunque portare in secondo piano il parallelismo evidentemente esistente tra le due fattispecie, con la conseguenza che la Corte ha ritenuto del tutto irragionevole, con violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, la mancata previsione, nell'art. 630, di una circostanza attenuante per i fatti di lieve entità, che invece risulta prevista per il reato di cui all'art. 289-bis.

dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti". Tale norma è diventata emblematica per il diritto premiale, dato che descrive, attraverso il ricorso alla disgiuntiva "ovvero", le condotte collaborative che sono alla base di tutte le norme premiali presenti nella successiva legislazione italiana, prevedendo un trattamento di favore non solo nel caso di interruzione dell'offesa, come disposto nel co.4, ma anche nel caso di impedimento del verificarsi di ulteriori conseguenze o di collaborazione attraverso l'apporto informativo alle autorità competenti.

Fu così che, tenendo conto delle modifiche apportate al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione e dalla introduzione del nuovo art.289-*bis* c.p., il legislatore emanò il d. l. 15 dicembre 1979, n.625, poi convertito con modificazioni nella l. 6 febbraio 1980, n. 15, concernenti misure urgenti per la tutela dell'ordinamento democratico e della sicurezza pubblica, che conteneva delle fattispecie premiali per coloro che si fossero dissociati dal terrorismo²⁸, contenute negli art. 4 e 5 del decreto.

Prima di analizzare nel dettaglio le singole fattispecie, è importante sottolineare la *ratio* dietro la loro formulazione, nonché dietro l'intera normativa, che risulta orientata in due direzioni; da una parte, il legislatore ha voluto inasprire la risposta penale dell'ordinamento di fronte al fenomeno del terrorismo, sia facendo ricorso alla normativa sostanziale, come si può vedere dall'analisi degli artt. 1, 2 e 3 del d. l., con cui si introduce il nuovo reato di associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 270-*bis* (art. 3), o le nuove disposizioni in materia di circostanze (artt. 1 e 2)²⁹, sia facendo ricorso

²⁸ Cfr in senso critico T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., secondo cui "l'impotenza a provvedere se non ricorrendo ad una "iniziativa privata" retribuita *extra ordinem* rappresenta la più aperta confessione che gli apparati coercitivi pubblici non sono altrimenti in grado di attivarsi e di operare".

²⁹ Con la legge di conversione del decreto, all'art. 1 è stato modificato il comma 3, che stabilisce l'impossibilità per le circostanze attenuanti concorrenti con la nuova aggravante comune di cui al primo comma (secondo cui "*Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è aumentata della metà, salvo che la*

alla normativa processuale, come si evince dalla formulazione degli artt. 7, 8, 9 e 10 del decreto, che introducono degli inasprimenti dei provvedimenti riguardanti la libertà personale degli imputati, quali, ad esempio, l'estensione dei casi in cui risulta obbligatorio il mandato di cattura, la previsione di nuove cause ostative alla concessione della libertà provvisoria ed, addirittura, l'ampliamento dei termini di custodia preventiva; dall'altra ha elaborato delle misure più favorevoli per coloro che si siano resi responsabili di delitti di terrorismo od eversione, nel caso in cui abbiano tenuto dei comportamenti tali da dimostrare la volontà di retrocedere dall'iniziativa delittuosa precedentemente intrapresa, attraverso l'introduzione della circostanza attenuante di cui al comma 4 e la causa di non punibilità di cui al comma 5, quindi norme di rilievo sostanziale, a cui però non si accompagna alcun riscontro sul piano processuale, in cui sono del tutto assenti delle norme di favore nei confronti del terrorista. In ogni caso, dal riferimento alle diverse disposizioni che compongono la legge, si può evincere come la volontà del legislatore del 1979 e poi del 1980 fosse non solo quella di stimolare la rottura del proposito delittuoso, dando rilievo ad una contro-condotta, ma anche di sgretolare dall'interno i vari gruppi terroristici ed eversivi, riconoscendo una valenza alla condotta collaborativa del colpevole, con cui si forniscono agli organi di polizia ed alla magistratura delle informazioni utilizzabili sia per la ricerca e raccolta di prove utili ad individuare e catturare i concorrenti sia per la ricostruzione corretta del fatto; è quindi evidente come tali previsioni non siano semplicemente giustificate da una finalità di giustizia, in riferimento alle indagini di un reato già commesso, ma siano anche dirette a garantire dei vantaggi investigativi per l'autorità giudiziaria, che, grazie alle conoscenze fornitegli dal "collaboratore ravveduto", sarà in grado di portare avanti con maggior efficacia la lotta al terrorismo e all'eversione, da cui si può

circostanza sia elemento costitutivo del reato"), di "essere ritenute prevalenti od equivalenti rispetto a quella o alle altre aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato"; l'art. 2 del decreto modifica i co. 4 e 5 dell'art. 280 c.p. (attentato per finalità terroristiche o di eversione), prevedendo nel co.4 che "se dai fatti di cui ai commi precedenti deriva la morte della persona si applicano, in caso di attentato alla vita, l'ergastolo e, nel caso di attentato all'incolumità, la reclusione di anni trenta"; per il co.5 che "le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste nel secondo e quarto comma non possono essere ritenuti equivalenti o prevalenti rispetto a queste".

dedurre anche la funzione preventiva che tale normativa assolve³⁰. Ma vi sono ulteriori profili di rilevanza di tale decreto da dover sottolineare, legati proprio alle previsioni di cui agli artt. 4 e 5; infatti, rispetto alle leggi emergenziali precedenti, in cui si contrastavano le forme più gravi di criminalità attraverso la previsione di nuove fattispecie di reato, o tramite pene sempre più severe o l'inasprimento delle misure processuali, il decreto del 1979 si pone come correttivo di questa tendenza, introducendo un altro e nuovo piano di contrasto, che si affianca a quello afflittivo, incentrato sulla premialità delle condotte collaborative.

1.2.1. La circostanza attenuante applicabile al concorrente collaborante in caso di dissociazione (art. 4 del d. l. n. 625/1979, convertito con modificazioni nella l. n. 15/1980).

L'art. 4 del d.l. n. 625 del 1979, convertito³¹ con la l. n. 15 del 1980 stabilisce che *“per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art. 289-bis del codice penale, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà”*.³²

³⁰ Cfr. G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo (artt. 4 e 5 d. l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modificazioni nella l. 6 febbraio 1980, n.15)*, in *La legislazione dell'emergenza. Commenti ad atti ufficiali*, riuniti da G. CONSO, Giuffrè Editore, 1981, cap. 1 §1, p. 7.

³¹ Prima delle modificazioni avvenute in sede di conversione, il testo dell'art. 4 recitava: *“per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art. 289-bis c.p., quando uno dei concorrenti, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura del colpevole, la pena è diminuita della metà”*.

³² Con il d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in occasione della riforma in materia di riserva di codice, l'art. 4 è stato abrogato dall'art. 7, co. 1, lett. F, per essere trasposto all'interno dell'art. 270-bis.1, rubricato “circostanze aggravanti e attenuanti”, al co. 3.

Da una prima lettura della disposizione, è possibile notare come sia caratterizzata da una certa complessità strutturale, dato il richiamo a due forme diverse ed alternative di collaborazione, ugualmente rilevanti per l'applicazione dell'attenuante; la prima forma individuata è quella dell'effettivo ravvedimento del soggetto dissociatosi dai correi, che si adopera per evitare che *“l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori”*, la seconda è una collaborazione di tipo probatorio, come si evince dal richiamo al concreto aiuto all'autorità inquirente nella raccolta di prove che saranno utili nella individuazione o cattura dei concorrenti. Dal testo si deduce che l'attenuante possa trovare applicazione solo per i delitti plurisoggettivi, dal momento che adotta espressioni come *“nei confronti del concorrente”* e *“individuazione e cattura dei concorrenti”*, da cui discende la necessità di un'indagine preliminare che mostri come il delitto sia stato commesso da più soggetti e che colui che richiede l'applicazione dell'attenuante sia uno dei concorrenti nel reato. Inoltre, la norma dispone che il reato sia *“commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico”*, cioè si riferisca a condotte che sfocino in atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico, in cui la finalità di terrorismo o eversione viene intesa sia come oggetto del dolo specifico, e quindi come elemento costitutivo della fattispecie, come accade ad esempio per l'art.289-bis c.p.³³, sia come aggravante ai sensi dell'art. 1³⁴, altrimenti, escludendo quest'ultima situazione, la norma avrebbe un campo di applicazione limitato, contrastando irragionevolmente con gli obiettivi di politica criminale del legislatore del tempo.

³³ L'art.289-bis punisce chiunque, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, sequestra una persona [...].

³⁴ Tale articolo prevede che *“per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è sempre aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato. Quando concorrono altre circostanze aggravanti, si applica per primo l'aumento di pena previsto per la circostanza aggravante di cui al comma precedente. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti”* (Comma così modificato da ultimo dall'articolo 4 della legge 14 febbraio 2003, n. 34.). Tale articolo è stato abrogato dall'art. 7 del d.lgs. n.21/2018.

Per quanto riguarda i requisiti richiesti dalla disposizione per la sua applicazione, bisogna tenere in considerazione il fatto che l'articolo richiama un'unica circostanza attenuante, che trova applicazione in seguito a due distinte condotte, tra loro alternative, legate però da un requisito comune, individuato nella dissociazione³⁵. È necessario a questo punto interrogarsi sul concetto di dissociazione, che, preliminarmente, richiede il venir meno nel concorrente dell'elemento soggettivo del reato concretamente commesso, poiché "l'adoperarsi" dimostra la consapevolezza del soggetto interessato di realizzare un comportamento di segno opposto a quello che integra la partecipazione al delitto, ma non tale da richiedere un semplice ribaltamento dell'elemento soggettivo tipico, dal momento che si mostra la necessità di un comportamento ulteriore, un *quid pluris* che si aggiunge al semplice venir meno del dolo, né tale da qualificarsi come mera volontarietà del comportamento, che però non può mancare. Inoltre, il termine dissociazione richiama anche la volontà del legislatore di applicare un trattamento più favorevole a chi si sia allontanato dalla *societas*. Ma non si è voluto ricollegare questo trattamento al semplice distacco; tenendo in considerazione la circostanza che i concorrenti del reato sono tenuti insieme dal *pactum criminis*, accontentarsi di una semplice rottura con gli altri concorrenti significherebbe attribuire una rilevanza, dal punto di vista dell'applicazione dell'attenuante, anche a tutte quelle situazioni in cui la rottura è da ricercare, ad esempio, in divergenze sull'organizzazione del delitto, a cui però non è detto che segua un sincero venir meno dell'adesione al patto criminoso. Il dissociarsi deve essere riferito a un insieme aggregato di persone che perseguono un fine, di terrorismo o eversione dell'ordine democratico, rispetto al quale il delitto risulta essere strumentale. Da ciò discende che, se far parte dell'associazione significa agire con i concorrenti per perseguire quelle finalità, dissociarsi è recedere da quella associazione, dalla *societas*, perché nel singolo non vi è più la determinazione a raggiungere quel fine, con la conseguenza che il perseguimento della specifica finalità diviene il perno su cui ruota la dissociazione e l'associazione, come elemento condizionante³⁶; da ciò

³⁵ La descrizione delle due condotte si apre con la locuzione "*dissociandosi da altri*".

³⁶ Cfr. G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, op. cit., cap. 1, § 3, p. 27.

discende l'irrelevanza, ai fini dell'applicabilità dell'attenuante, della motivazione che ha determinato la dissociazione, dal momento che la norma non richiama specifiche modalità perché questa si configuri, ma semplicemente richiede una revoca dell'adesione a quelle specifiche finalità individuate dalla legge, revoca che necessariamente deve essere volontaria. In ogni caso, l'attenuante non potrà essere applicata quando la condotta del concorrente sia stata determinata al solo fine di garantirsi promesse e vantaggi, non sorretta da alcuna volontà dissociativa.

Passando all'analisi delle singole condotte richiamate dall'art.4, si può partire dalla considerazione che la prima di queste è descritta con l'espressione "*si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori*"; per quanto riguarda l'interpretazione delle "conseguenze ulteriori" dell'attività delittuosa, queste vengono individuate in tutte quelle che costituiscono sviluppi della condotta che integra il delitto; a sua volta, nell'adoperarsi per evitare si richiama un comportamento che persegua lo scopo di impedire che quelle stesse conseguenze si verificino e non di evitarle *tout court*, con la conseguenza che un comportamento che fin dall'inizio risulti inidoneo a conseguire un qualche risultato positivo da questo punto di vista non potrà integrare l'attenuante in commento; perché questa trovi applicazione è infatti necessario che l'attività svolta dal concorrente dissociatosi sia oggettivamente idonea a raggiungere quello scopo e che eventuali situazioni impeditive siano attribuibili a situazioni estranee alla condotta dell'interessato.

La seconda condotta richiamata nella norma è quella di effettiva collaborazione con gli organi inquirenti; è una fattispecie normativa nuova per l'ordinamento, che, insieme all'art. 5 del decreto, attribuisce una autonoma rilevanza alla lealtà processuale nello specifico settore dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Proprio a causa della sua novità, si sono avuti una serie di problemi interpretativi, dovuti soprattutto alla mancanza di una norma che potesse fungere da termine di paragone; tali questioni problematiche possono essere individuate sul versante penale-sostanziale, in relazione alla determinazione dei comportamenti che possono integrare la collaborazione, e in quello più strettamente processuale, riguardante

l'individuazione delle forme processuali che possono essere utilizzate per concretizzare questa forma di aiuto. Partendo dall'analisi di quest'ultima, i problemi interpretativi sorgono innanzitutto sull'indicazione delle "prove" volte alla "individuazione e cattura dei concorrenti", elementi che la norma mostra come strettamente correlati; per quanto riguarda i concorrenti, questi vengono identificati in quelle persone che hanno partecipato alla commissione del delitto e che, come tali, devono essere oggetto di "cattura", intesa come esecuzione di un qualsiasi provvedimento restrittivo; la disposizione individua un nesso tra l'individuazione e la cattura, rappresentato dalla congiunzione *e* che li connette, mostrando come la prima attività sia interessata alla identificazione dei concorrenti, la seconda sia rivolta a rintracciarli e ad applicare nei loro confronti misure restrittive della libertà personale, indipendentemente dalla circostanza che siano ordinate dall' autorità giudiziaria o assunte direttamente dalla polizia giudiziaria. Per giungere però alla identificazione e cattura dei concorrenti, è necessario che il soggetto dissociatosi abbia fornito delle *prove*, che vengono individuate nei dati probatori e mezzi di prova, utili per l'identificazione, ma anche nei dati investigativi, che vengono invece utilizzati per la cattura. Destinatari di questo meccanismo di collaborazione sono "l'autorità giudiziaria e l'autorità di polizia", con la conseguenza che entrambe si vedono attribuire la possibilità di ricevere l'aiuto da parte del concorrente dissociatosi, richiedendo la necessaria compresenza di condotte di ausilio che interessino entrambe le autorità. La questione a questo punto si sposta sulla tipologia di atti rilevanti dal punto di vista processuale che possono essere compiuti per attribuire rilievo alle informazioni che sono state rilasciate dal concorrente. Secondo l'interpretazione prevalente, il mezzo principale attraverso cui viene a configurarsi tale aiuto è l'interrogatorio, che la giurisprudenza³⁷ ritiene strumento utile alla raccolta delle prove. Ma dottrina e giurisprudenza di allora si sono interrogate, con esiti molto spesso discordanti, anche sulla possibilità di prestare questo aiuto con meccanismi differenti, quali dichiarazioni spontanee alla polizia giudiziaria; riguardo queste situazioni, la giurisprudenza riconosce la loro

³⁷ In tal senso Cass., Sez. II, 3 luglio 1979, Benci, in *Mass. dec. pen.*, 1980, n.304; id., Sez. I, 6 novembre 1979, Lentini, *ivi*, 1980, 371 n. 5246.

utilizzabilità a fini probatori³⁸, contrariamente a quanto sostiene la dottrina, che afferma l'impossibilità di impiego delle dichiarazioni spontanee (poiché esse sottintendono un interrogatorio che si è svolto senza il rispetto delle richieste garanzie difensive); tuttavia, se si aderisse a questa impostazione, si finirebbe per escludere l'applicabilità dell'attenuante a tutte quelle ipotesi in cui il soggetto concorrente, di sua iniziativa e non appena entri in contatto con la polizia giudiziaria, collabori in una maniera che sia concretamente funzionale alla raccolta di prove che saranno decisive per identificare e catturare i concorrenti; si tratta di una ricostruzione dottrinale che non tiene conto del fatto che l'aiuto prestato sia in grado di operare non semplicemente dal punto di vista sostanziale, come condotta di collaborazione che integra la circostanza di cui all'art. 4, ma anche dal punto di vista processuale, dal momento che fornisce dei dati probatori che si riveleranno utili ai fini investigativi, tanto che la norma richiede di andare a valutare il rapporto eziologico tra l'aiuto prestato, la raccolta delle prove e la loro decisività nella individuazione e cattura dei correi, valutazione che non può essere effettuata adeguatamente se non si attribuisce un valore probatorio a quelle dichiarazioni.

Per quanto riguarda i requisiti sostanziali della circostanza attenuante, questi si configurano come effettivi aiuti nella raccolta di prove che risultino decisive³⁹.

³⁸ Tale orientamento viene espresso da Cass., Sez. II, 13 dicembre 1978, Ribetto, in *Giust. Pen.*, 1980, III, c.344. Nella motivazione alla sentenza, la Corte ha riaffermato il consolidato principio secondo cui "non sussiste violazione dei diritti di difesa nel caso di dichiarazioni spontanee rese dall'imputato agli organi di polizia giudiziaria, sicché non costituendo dette dichiarazioni interrogatorio dell'imputato, non occorre il previo invito al difensore né l'avvertimento allo stesso inquisito della facoltà di non rispondere; e di tali dichiarazioni – che l'organo di polizia ha l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria – trattandosi di elementi legittimamente acquisiti, ma aventi valore meramente indiziario, il giudice può indubbiamente tener conto ai fini della formazione del suo convincimento".

³⁹ A tal proposito, la Corte di Cassazione (Cass. Pen., sez. VI, sent. 14 giugno 2007, n. 38260) ha chiarito l'ambito di applicazione della norma, stabilendo che "la circostanza attenuante [...] va riconosciuta anche relativamente ai delitti cui non si riferiscono direttamente alle condotte collaborative, purché tali delitti, in cui l'imputato abbia concorso, siano stati ispirati da un unico disegno terroristico o eversivo nell'ambito di un gruppo organizzato di cui l'imputato abbia fatto parte e sempre che la dissociazione si riferisca a tutto tale contesto criminale, e che la collaborazione si estrinsechi in tutte le conoscenze sulle realtà materiali e soggetti del gruppo criminale di riferimento".

In riferimento al termine “aiuto”, questo potrà basarsi sia sul fatto del concorrente che va ad offrire direttamente la prova, sia colui che semplicemente indica alle autorità i mezzi di prova, da cui poi discenderà il dato probatorio necessario. Perché però l’attenuante possa operare, si richiede che l’aiuto venga prestato concretamente, deve quindi avere una certa efficacia, nel senso che sarà reputato effettivo quando le prove verranno raccolte, oppure quando, secondo una valutazione *ex ante*, la condotta sarebbe stata idonea a consentire la loro raccolta, non avvenuta per cause non imputabili al concorrente. Le prove raccolte però devono essere “decisive”, cioè rappresentare un contributo la cui mancanza non avrebbe permesso di raggiungere quei risultati, rendendo quindi necessario un accertamento sul rapporto causale che sussiste tra la prova e i risultati della identificazione e cattura; la decisività deve inoltre essere valutata *ex ante*, con la conseguenza che sarà qualificata decisiva anche la prova che non abbia poi portato al risultato, ma che già precedentemente appariva idonea a determinarli.

La circostanza ha carattere soggettivo e la sua ragion d’essere è da ricercare nella constatazione che il ravvedimento *post factum* del concorrente viene valutato dal legislatore come sintomo di una minore capacità a delinquere, motivo per cui viene fissata solo in rapporto al soggetto a cui si riferisce.

Ultima questione riguardante l’art.4 riguarda la clausola di riserva espressa “*salvo quanto disposto nell’art.289-bis del Codice penale*”. Ad una prima lettura, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto escludere l’applicazione della circostanza in commento nei casi di sequestro di persona a scopo di terrorismo od eversione, dal momento che per tale delitto il 4° comma dello stesso articolo detta una circostanza attenuante che richiama quella presente nella prima parte dell’art.4, quando prevede una diminuzione di pena per il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera affinché il soggetto passivo riacquisti la libertà. Vi sono però alcune considerazioni critiche che si oppongono a questa lettura della clausola, a partire dall’inspiegabile esclusione dell’attenuante per il solo art. 289-*bis* e non per altri delitti, quali, ad esempio, il delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione di cui all’art. 280 c.p.

Sulla base di queste preventive considerazioni, l'interpretazione prevalente ne deduce che l'attenuante speciale possa applicarsi anche per il delitto di cui all'art.289-*bis*, in primo luogo perché l'espressione attraverso cui è stata formulata la clausola di riserva sembra sia stata intesa dal legislatore come modo per evitare che la successiva disposizione di cui al nuovo art. 4 potesse sacrificare l'applicabilità del 4° comma dell'art.289-*bis*, decretandone l'abrogazione implicita; in secondo luogo, il richiamo alle "conseguenze ulteriori" di cui all'art. 4 ha una portata più ampia rispetto al riacquisto della libertà per il sequestrato, richiamato al 4° comma, analogamente a quanto accade anche per la concreta collaborazione, che si pone come comportamento del tutto autonomo rispetto a quello richiamato nella disposizione dell'art.289-*bis*. In ogni caso bisogna comunque tenere in considerazione la natura speciale dell'attenuante del delitto di cui all'art.289-*bis*, che determina, in alcune situazioni, uno sbarramento all'applicabilità dell'art.4 del d. l., con dei limiti, per specificare i quali è opportuno distinguere tra le due condotte richiamate nella disposizione. In riferimento all' adoperarsi da parte del concorrente per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, si può affermare che, siccome il delitto di sequestro di persona è un delitto permanente, una delle "conseguenze ulteriori" il cui impedimento determina l'operare dell'attenuante è proprio il cessare della permanenza, che può coincidere con la riacquisizione della libertà per il soggetto sequestrato; indipendentemente dalle interpretazioni date del 4° comma dell'art.289-*bis*⁴⁰, non potrà trovare applicazione l'art.4 del d. l. per l'operatività del principio di specialità di cui all'art.15 c.p.; se al contrario si individuano "conseguenze ulteriori" diverse da quella della cessazione della permanenza, come ad esempio la morte del sequestrato, che l'art.289-*bis* pone come aggravante, si ritiene che il sequestratore possa beneficiare dell'attenuante di cui all'art. 4, se si adopera per evitare l'evento che aggrava il delitto.

⁴⁰ Secondo una prima interpretazione, per la sua applicazione sarebbe sufficiente che sia stato tenuto un comportamento che fosse concretamente diretto a quel fine e idoneo a realizzarlo, non richiedendo che il soggetto passivo riacquisti effettivamente la libertà, a cui si oppone l'interpretazione che, al contrario, richiede che il soggetto acquisti nuovamente la libertà.

1.2.2. La causa di non punibilità applicabile in caso di recesso dall'attività delittuosa e di collaborazione (art.5 del d. l. n.625/1979, convertito con modificazioni nella l. n.15/1980).

L'art. 5 del decreto, modificato in sede di conversione⁴¹, prevede una causa di non punibilità, in cui si afferma che *“fuori dal caso previsto dall'ultimo comma dell'art. 56 del Codice penale, non è punibile il colpevole di un delitto commesso con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli eventuali concorrenti”*.⁴²

La sua introduzione è stata motivata dalla volontà del legislatore del tempo di non arginare l'operatività dei meccanismi di favore per il concorrente che si dissocia alla sola circostanza attenuante di cui al precedente art. 4, ma di introdurre ulteriori disposizioni, con la conseguenza che la scelta ricadde su ipotesi di non applicazione della sanzione penale. La *ratio* che si rinviene dietro a questa scelta è la stessa che ha motivato la previsione dell'art. 4, sviluppandola ulteriormente, cioè di incentivare il recesso dall'attività delittuosa svolta per finalità di terrorismo o eversione, applicando misure a favore di chi compia questo passo indietro, decidendo di rompere i rapporti con l'organizzazione criminale, purché dimostri la disponibilità a collaborare, sia attraverso la fornitura di dati probatori agli organi inquirenti, sia tenendo un comportamento che mostri l'intenzione di contenere le conseguenze ulteriori che derivano dal delitto.

La disposizione è stata elaborata come una causa speciale di estinzione della punibilità, dove la non punibilità del reato commesso discende da una serie di comportamenti che si verificano dopo sua realizzazione; si applica ai delitti in cui si riscontra la finalità di terrorismo o eversione, intesa come elemento costitutivo

⁴¹ Prima delle modificazioni, l'art. 5 del decreto prevedeva l'introduzione dell'art. 448-bis, rubricato *“casi di non punibilità”*, affermando che *“nei casi preveduti dagli artt. 422, 423, 428, 430, 432, 433, 434, 438 e 439, non sono punibili coloro che impediscono volontariamente l'evento a cui il fatto era diretto”*.

⁴² Con il d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in occasione della riforma in materia di riserva di codice, l'art. 5 è stato abrogato dall'art. 7, co. 1, lett. f, per essere trasposto all'interno dell'art. 270-bis.1, rubricato *“circostanze aggravanti e attenuanti”*, al co. 5.

del reato, sia come circostanza aggravante, analogamente a quanto accade per l'art. 4⁴³. Si applica inoltre a delitti monosoggettivi come a quelli plurisoggettivi; la norma infatti prevede la non punibilità del colpevole del delitto monosoggettivo, commesso con quelle finalità, ma allo stesso tempo consente di espandere la sua operatività anche ai delitti plurisoggettivi a concorso necessario o eventuale, grazie all'inciso che chiude la disposizione (“individuazione degli eventuali concorrenti”).

Una questione più complessa riguarda la determinazione dei delitti a cui si può applicare la causa di non punibilità, partendo dalla considerazione che la norma si apre con la clausola di riserva “*fuori dal caso previsto dall'ultimo comma dell'articolo 56 del Codice penale*”, disposizione che regola il delitto tentato; da questo richiamo, discende una duplice possibile interpretazione, l'una che esclude completamente applicabilità dell'art. 5 al delitto tentato, l'altra che invece ritiene compatibile l'art. 5 con il tentativo, salvo situazioni in cui possa trovare applicazione, per quegli specifici delitti, la figura del recesso attivo di cui all'ultimo comma dell'art. 56 c. p. La prima ricostruzione sembrerebbe basarsi su un'interpretazione restrittiva della clausola, ma accoglierla significherebbe scontrarsi con la logica che sta dietro alla sua previsione; la causa di non punibilità si applica se il soggetto interessato “volontariamente impedisce l'evento”, locuzione che è presente analogamente nell'art. 56 ultimo comma; inoltre discenderebbe la conseguenza che l'esenzione dalla punibilità troverebbe ragion d'essere solo per i delitti per cui il verificarsi dell'evento non determina anche la consumazione, con la conseguenza che ogni volta che l'evento costituisce condizione per la consumazione del delitto, si applicherà, nel caso di volontario impedimento, il recesso attivo di cui all'ultimo comma dell'art. 56, configurandosi una circostanza attenuante; al contrario, nei delitti in cui l'evento non è legato alla

⁴³ In riferimento all'art.4 del decreto, questa conclusione viene formulata sulla base dell'interpretazione data del 2° comma, per cui “*quando ricorre la circostanza di cui al comma precedente non si applica l'aggravante di cui all'art. 1 del presente decreto*”, che a sua volta sancisce che “*Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è sempre aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato*”. Nell'art. 5 non si individua una disposizione analoga, ma, nonostante ciò, si deve ritenere che comunque potrà applicarsi la stessa interpretazione, altrimenti si andrebbe a limitare il campo applicativo della causa di non punibilità.

consumazione, quali i delitti aggravanti dall'evento, il volontario impedimento ricadrebbe nell'art. 5 e determinerebbe la non punibilità del soggetto interessato. Questa interpretazione condurrebbe, se accolta, a degli esiti paradossali, poiché consentirebbe di applicare ai delitti commessi con finalità di terrorismo o eversione una circostanza attenuante, quale quella dell'art. 56, ultimo comma, in contrasto con quanto disposto nell'art. 1 del decreto, ultimo comma, per cui le circostanze attenuanti concorrenti non hanno alcuna efficacia in tema di diminuzione della pena per un delitto commesso con finalità di terrorismo o di eversione, se questa stessa finalità ricorre come circostanza aggravante. La questione quindi si sposta sulla possibilità di ritenere l'art. 5 applicabile sia ai delitti tentati che a delitti diversi e tenendo in considerazione che la condotta che determina la non punibilità richiede per prima cosa il volontario impedimento dell'evento, il problema si pone in riferimento ai delitti a consumazione anticipata; la soluzione affermativa alla questione così posta trova il suo fondamento nella formulazione precedente dell'art. 5, dove si prevedevano alcune fattispecie a consumazione anticipata, quindi, sulla base di ciò, bisognerebbe interpretare la norma rispettando la *ratio legis*, che permane anche dopo la modifica intervenuta in sede di conversione, che aveva mostrato la volontà di applicare la causa di non punibilità anche a delitti di attentato in cui si sia volontariamente impedito l'evento.

Tuttavia, questa interpretazione non può essere condivisa, semplicemente perché determinerebbe un problema nei rapporti con l'art. 4, tenendo presente che questo non può essere applicato ai delitti aggravati dall'evento; il che farebbe sì che si applicasse l'art. 4, quindi la circostanza attenuante, nel caso in cui si impedisca il protrarsi della consumazione del delitto permanente, mentre si applicherebbe l'art. 5, e la conseguente non punibilità, se il colpevole evita la verifica dell'evento aggravatore. Per cui l'unica interpretazione compatibile è quella per cui l'ambito applicativo dell'art. 5 è da individuare nei delitti tentati commessi con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico, dove la condotta che determina la non punibilità si connota per essere la stessa che integra anche il recesso attivo.

In riferimento al rapporto intercorrente con l'art. 4 del decreto, la questione più importante che merita di essere affrontata è quella riguardante la mancanza del

richiamo alla dissociazione nell'art. 5; non si tratta però di una svista del legislatore, ma di una consapevole omissione, dovuta al fatto che la causa di non punibilità è stata costruita unicamente sulla volontà del soggetto di porre in essere un comportamento che impedisca l'evento, senza richiedere ulteriori elementi soggettivi diversi dalla volontarietà della condotta.

Perché operi la causa di non punibilità è necessario che il reo, oltre ad impedire volontariamente l'evento, fornisca anche degli elementi di prova che risultino determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e l'individuazione degli eventuali colpevoli. Quest'ultima parte della norma richiede che egli apporti un contributo probatorio effettivo, tale da garantire una ricostruzione del fatto che sia esatta; gli elementi forniti devono essere "determinanti", cioè si qualificano come necessario presupposto per ricostruire il fatto ed individuare i concorrenti.

1.3. La normativa premiale degli anni '80: la l. 29 maggio 1982 n. 304 e la l. 18 febbraio 1987 n. 34.

1.3.1. La legge 29 maggio 1982 n. 304: misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale.

Appena due anni dopo la conversione in legge del decreto del 1979, il legislatore è intervenuto nuovamente, introducendo, con la l. 304 del 1982, una disciplina organica del premio processuale per i delitti commessi con finalità di terrorismo ed eversione dell'ordinamento⁴⁴; è una normativa che, pur essendo ancora in vigore, assume attualmente un significato perlopiù storico, che la rende meritevole di una più attenta trattazione.

⁴⁴ La Corte di Cassazione, nel maggio del 1993, aveva ritenuto che la legge del 1982 avesse implicitamente abrogato gli artt. 4 e 5 del d. l. n. 625 del 1979, essendo andata a regolare *ex novo* la materia della collaborazione processuale, in virtù dell'art. 15 delle preleggi; tuttavia, con una sentenza successiva (Cass. Pen., sez. VI, 14 giugno 2007, n. 38260), la Corte ha ribaltato il precedente orientamento, affermando la completa applicabilità delle due norme, in quanto non implicitamente abrogate dalla legge del 1982, il che è stato confermato anche dal fatto che la loro abrogazione sia intervenuta solo con il d. lgs in materia di riserva di codice (d. lgs. N. 21/2018).

La legge si apre con la previsione della causa di non punibilità di cui all'art. 1, per cui, ai sensi del comma 1, *“Non sono punibili coloro che, dopo aver commesso, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, uno o più fra i reati previsti dagli articoli 270, 270 bis, 304, 305 e 306 del codice penale⁴⁵ e, salvo quanto previsto dal terzo comma del presente articolo e dal secondo comma dell'art. 5, non avendo concorso alla commissione di alcun reato connesso all'accordo, alla associazione o alla banda, prima della sentenza definitiva di condanna concernente i medesimi reati: a) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione o della banda; b) recedono dall'accordo, si ritirano dall'associazione o dalla banda, ovvero si consegnano senza opporre resistenza o abbandonando le armi e forniscono in tutti i casi ogni informazione sulla struttura e sulla organizzazione della associazione o della banda”*.

La disposizione richiede per prima cosa che sussistano determinati presupposti per la sua operatività nel caso concreto, cioè che il soggetto a cui applicare la causa di non punibilità si sia reso responsabile di uno dei reati richiamati dalla norma, che non abbia concorso alla commissione dei reati connessi all'accordo o all'associazione o banda di appartenenza, nonché che le condotte richiamate nelle lettere *a)* e *b)* vengano attuate prima della sentenza definitiva di primo grado; in riferimento a quest'ultime, la norma sembrerebbe richiedere una condotta di ravvedimento sostanziale alla lettera *a)*, in cui richiede che il soggetto interessato, con la propria condotta, sciolga l'associazione o la banda, e una condotta di ravvedimento processuale alla lettera *b)*, in cui richiede, alternativamente, di recedere dall'accordo, di ritirarsi dall'associazione o dalla banda, di consegnarsi all'autorità senza opporre resistenza o di abbandonare le armi e, congiuntamente a queste condotte, di fornire “in tutti i casi ogni informazione sulla struttura e sull'organizzazione dell'associazione o della banda”. In riferimento

⁴⁵ Si tratta dei reati di associazione sovversiva (art. 270 c. p.), di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-bis c. p.), di cospirazione politica mediante accordo (art. 304 c. p.), di cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c. p.) e di banda armata: formazione e partecipazione (art. 306 c. p.).

a quest'ultima situazione, l'interpretazione maggioritaria⁴⁶ ritiene che, per ottenere il beneficio, sia sufficiente che il soggetto fornisca informazioni che siano rilevanti al fine di conoscere l'associazione criminale considerata, in riferimento alla sua struttura, cioè la sua articolazione interna, e alla sua organizzazione, cioè le regole che ne disciplinano l'attività, il tutto senza la necessità che le sue dichiarazioni contengano anche nomi degli associati o dei componenti della banda, come emerge anche dal rapporto con le fattispecie contenute nei successivi artt. 2 e 3 della medesima legge, in cui si disciplinano delle condotte di collaborazione più importanti del rilascio di semplici dichiarazioni di cui all'art. 1. La causa di non punibilità di cui al co. 1 si estende poi, per i commi successivi, anche a chi abbia impedito comunque che si eseguissero i reati per cui l'associazione o la banda è stata formata (co. 2), a chi, nel rispetto dei presupposti indicati nel co. 1, abbia commesso reati in materia di armi, munizioni o esplosivi (co. 3) e a chi abbia commesso i reati di assistenza e favoreggiamento all'attività dell'associazione o della banda, in particolare, assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata (art. 307 c. p.) e favoreggiamento personale e reale (artt. 378 e 379 c. p.) nei confronti di chi sia imputato per uno dei delitti richiamati nei co. 1, se danno un'informazione completa sul favoreggiamento commesso. La norma si chiude con delle previsioni a carattere processuale; prevede infatti che la causa di non punibilità venga dichiarata dal giudice, previo accertamento della non equivocità e della attualità della condotta richiamata nei commi 1 e 2 (co. 5), come stabilisce anche che nei confronti del soggetto responsabile dei reati individuati dai commi 1 e 3 non sia emesso mandato od ordine di cattura, se lo stesso, prima dell'emissione dell'ordine o del mandato, o comunque prima dell'apertura del procedimento penale, si sia presentato spontaneamente agli organi inquirenti e abbia tenuto uno dei comportamenti collaborativi di cui ai primi due commi; tuttavia, in questa situazione, non si esclude la possibilità di imporre obblighi e divieti di legge reputati necessari per controllare la condotta del soggetto beneficiario, come anche per assicurare la sua disponibilità alle richieste dell'autorità e la sua partecipazione al

⁴⁶ V. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale: modelli legislativi ed esiti giurisprudenziali*, in *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., cap. 1 § 2.2., p. 47.

dibattimento, con la conseguenza che se gli obblighi o i divieti stabiliti risultino violati, il pubblico ministero o il giudice emetteranno l'ordine o il mandato di cattura (co. 6).

Il co. 2 della l. n. 304 del 1982 disciplina una circostanza attenuante per i reati commessi con finalità di terrorismo o eversione nel caso di dissociazione, prevedendo che, salvo il caso di commissione del reato di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione di cui all'art. 289-*bis*, si sostituisca la pena dell'ergastolo con la reclusione da 15 a 21 anni e le altre pene vengano diminuite di un terzo⁴⁷, se l'imputato, prima della sentenza definitiva di condanna, tiene uno dei comportamenti richiamati nei primi due commi dell'articolo precedente, rendendo piena confessione dei reati commessi, indipendentemente dalla fase o dal grado del processo, e si sia adoperato efficacemente durante il processo per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o per impedire la commissione di reati connessi.

La norma si apre con la clausola di riserva che richiama l'art. 289-*bis*, determinando così l'inoperatività della circostanza attenuante quando il comportamento del terrorista sia tale da integrare la figura di ravvedimento disciplinata dalla norma richiamata. Il primo requisito ricompreso nella disposizione in esame è la "*piena confessione dei reati commessi*"; questa confessione, da riferire anche ai reati che non sono oggetto dello specifico procedimento, ma che comunque sono stati commessi dall'imputato, non deve però riguardare anche l'individuazione dei terzi che abbiano concorso nella commissione dei fatti illeciti e questo per due ragioni fondamentali: la prima, che fa riferimento alla lettera della legge, fa leva sul fatto che la norma utilizzi il termine "confessione" e non "individuazione dei correi", dimostrando così di non richiedere anche la chiamata di correo per l'operare dell'attenuante, mentre la seconda ragione è di tipo sistematico e si basa sul rapporto intercorrente tra la disposizione in esame e il successivo art. 3, dove invece si richiama espressamente "*l'individuazione o cattura di uno o più autori di reati commessi per la medesima finalità*", deducendo che se

⁴⁷ In ogni caso le pene a cui si applica la diminuzione non possono determinare la pena della reclusione per un periodo inferiore a 15 anni.

si considerasse la confessione di cui al co. 2 comprensiva anche dell'individuazione dei correi, si finirebbe per abrogare in maniera implicita il successivo co. 3.

Il secondo requisito disciplinato consiste nell'adoperarsi o essersi adoperato *“efficacemente durante il processo per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o per impedire la commissione di reati connessi a norma del numero 2 dell'art. 61 del Codice penale”*. La sua interpretazione risulta particolarmente complessa, poiché, tradizionalmente, si tratta una condotta che, per configurarsi, richiede di incidere sull'attività criminosa, ma che difficilmente potrà avvenire in una situazione in cui sia intervenuta la dissociazione, che ha fatto sì che l'imputato si allontanasse da quel circuito criminale; per questo motivo alcune interpretazioni affermano che sia sufficiente un comportamento che abbia un significato politico, come ad esempio degli appelli a disertare l'attività eversiva o terroristica; tuttavia, anche in questo caso, per riempire di significato il requisito utilizzato, non ci si può limitare alla richiesta di un appello pubblico, ma bisogna verificare che il comportamento posto in essere dall'imputato risulti concretamente idoneo *ex ante* a raggiungere lo specifico risultato richiesto, a prescindere dal fatto che questo sia poi effettivamente raggiunto.

La norma si chiude con la previsione per cui l'operare della circostanza attenuante determina l'inapplicabilità dell'aggravante di cui all'art.1 del d. l. n. 625 del 1979⁴⁸.

Anche l'art. 3 della l. n. 304 del 1982 contempla una circostanza attenuante, applicata ai reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione in caso di collaborazione. La norma si applica *“nei confronti dell'imputato che, prima della sentenza di condanna, tiene uno dei comportamenti dall'articolo 1, primo e secondo comma, rende piena confessione di tutti i reati commessi e aiuta l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per la individuazione e la cattura di uno o più autori di reati commessi per la medesima finalità ovvero fornisce comunque elementi di prova rilevanti per la esatta*

⁴⁸ V. nota n. 28.

ricostruzione del fatto e la scoperta degli autori di esso".⁴⁹ La norma prevede quindi l'operatività della circostanza nei confronti dell'imputato che, oltre ad essersi dissociato e aver confessato tutti i reati commessi (analogamente a quanto stabilito dall'art. 2), abbia anche collaborato con gli organi inquirenti, garantendo la raccolta di prove decisive per l'individuazione e la cattura dei concorrenti; quest'ultimo requisito sembra accomunare questa disposizione con l'art. 4 del d. l. n. 625 del 1979⁵⁰, ma in realtà è possibile individuare alcune caratteristiche difformi tra le due norme, poiché dal raffronto si evince come, innanzitutto, la formulazione diverga in riferimento alla sostituzione dei "concorrenti" con gli "autori di reati commessi per la medesima finalità", del venir meno dell'avverbio "concretamente" riferito all'ausilio prestato all'attività d'indagine, come anche al venir meno dell'indicazione alternativa e non congiunta delle autorità⁵¹. Si tratta di una disposizione importante, che mostra un rinnovato interesse del legislatore per la questione della collaborazione processuale, tanto da voler estendere i benefici in termini di ammontare sanzionatorio a chi presta un aiuto non solo nell'individuazione e cattura dei concorrenti, ma anche a chi individua autori che sono estranei ai reati che lui stesso ha commesso e ne determini la scoperta. Perché però l'attenuante possa operare è necessario che il collaboratore tenga una condotta contraria a quella illecita, che sia idonea oggettivamente a raggiungere l'obiettivo prefissato, con la conseguenza che verrà riconosciuta anche nel caso in cui l'individuazione o la cattura non siano state conseguite a causa di fattori estranei all'imputato collaborante.

⁴⁹ In tale ipotesi, si prevede la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione da 10 a 12 anni, le altre pene vengono diminuite della metà, ma non possono superare, in ogni caso, i 10 anni. Il co. 2 stabilisce inoltre che nel caso in cui i comportamenti collaborativi, la cui applicazione comporta l'operare dell'attenuante, siano di eccezionale rilevanza, le pene verranno ridotte ulteriormente fino ad un terzo.

⁵⁰ V. § 1.2.1. *la circostanza attenuante di cui all'art. 4 del d. l. n. 625/1979, convertito con modificazioni nella l. n. 15/1980.*

⁵¹ L'art. 4 del d. l. prevede infatti la riduzione di pena per chi "*dissociandosi da altri [...] aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti*".

La seconda parte della norma richiede, in alternativa alla prima condotta richiamata, che il soggetto interessato abbia fornito elementi di prova rilevanti per l'esatta ricostruzione del fatto e la scoperta degli autori; tenendo in considerazione quanto già detto in riferimento all'individuazione e cattura degli altri autori dei reati, sembrerebbe che questa seconda parte sia stata formulata per riconoscere una valenza anche a quelle condotte collaborative di minore rilevanza (tanto che si parla di elementi di prova rilevanti, piuttosto che di prove decisive), in cui però l'apporto probatorio fornito risulta ridotto; questa soluzione, secondo alcuni autori⁵² sarebbe contraria al principio di uguaglianza, andando a riconoscere l'operatività di un premio a seguito di condotte collaborative che, dal punto di vista investigativo, presentano una valenza diversa, motivo per cui si sono proposte diverse letture del rapporto tra le due parti della norma: la prima avanza l'idea di una lettura comune, per cui sarebbero elementi di prova rilevanti anche quelli che possono aiutare nell'individuazione o cattura degli altri autori, mentre la seconda ritiene che sia da individuare un diverso ambito applicativo per le due condotte, poiché quella dettata nella prima parte determinerebbe l'operare dell'attenuante a tutti i reati che sono stati commessi da chi abbia fornito le prove decisive all'individuazione o cattura, mentre la seconda fa sì che l'attenuante possa applicarsi solo in riferimento al singolo reato per cui il soggetto abbia fornito degli elementi di prova rilevanti alla scoperta, non anche alla cattura degli autori dei reati; in questo modo, si ritiene, il legislatore ha voluto premiare sia chi non può fornire delle informazioni decisive, perché non ne ha materialmente la conoscenza (ad esempio perché ricopre un ruolo minore e marginale all'interno dell'associazione), riconoscendo l'attenuante per il singolo reato per cui quelle informazioni siano rilevanti, mentre, nel caso di dichiarazioni costituenti prove decisive, al collaborante verranno riconosciute tante attenuanti quanti sono i reati per cui quelle prove sono state ritenute di fondamentale importanza, appunto "decisive".

Il co. 2 dell'art. 3 prevede poi un'ulteriore attenuazione di pena, fino ad un terzo sulle pene già diminuite, nel caso in cui il comportamento tenuto sia di

⁵² V. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale: modelli legislativi ed esiti giurisprudenziali*, cit., par. 2.2.3, p. 51.

“eccezionale rilevanza”. In questo caso, il legislatore ha voluto, contrariamente a quanto era stato elaborato in sede di discussione della proposta di legge⁵³, riferirsi solo al prudente apprezzamento del giudice, senza precisare ulteriormente il concetto, che viene quindi generalmente inteso come integrato da un comportamento che consista nella rivelazione dell’organizzazione dell’associazione o gruppo, dell’attività e dei collegamenti che questa abbia con altre organizzazioni, anche internazionali, ogniqualvolta che risultino essenziali per portare avanti l’attività investigativa.

Ultima disposizione rilevante della l. 304 è l’art. 5, rubricato “tentativo e delitti di attentato”, ai sensi del quale *“non è punibile colui che, avendo compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il delitto, volontariamente impedisce l’evento e fornisce comunque elementi di prova rilevanti per l’esatta ricostruzione del fatto e per l’individuazione degli eventuali concorrenti”*. È una causa di non punibilità che è stata elaborata prendendo come modello l’art. 5 del d. l. n. 625/1979⁵⁴, ma da cui si discosta, dal momento che utilizza l’aggettivo “rilevanti” in riferimento agli elementi di prova invece di “determinanti”. Ma la norma si differenzia anche dall’attenuante di cui all’art. 3, co. 1, della legge 304, poiché utilizza il termine “individuazione” piuttosto che “scoperta”, ricollegandola agli “eventuali concorrenti” invece che “agli autori del fatto”; quest’ultima differenza è importante, dal momento che sottolinea il diverso ambito di applicazione delle due norme; infatti, questa disposizione si riferisce ad un tentativo di reato a cui il collaboratore abbia concorso, mentre l’art. 3, co. 1, ultima parte, si riferisce ad un ausilio investigativo che riguardi anche reati a cui il collaborante risulti estraneo.

⁵³ La camera aveva infatti presentato una serie di emendamenti per cercare di precisare il concetto della eccezionale rilevanza del contributo, in cui si faceva riferimento a comportamenti, previsti nel co.1, che avessero causato lo smantellamento dell’intera associazione o banda armata, o di un intero settore di esso, oppure a condotte che avessero contribuito ad individuare o smantellare tutta l’organizzazione o un settore della stessa.

⁵⁴ V. § 1.2.2., *La causa di non punibilità di cui all’art. 5 del d. l. n. 625/1979, convertito con modificazione nella l. n. 15/1980.*

1.3.2. La legge 18 febbraio 1987, n. 34: misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo.

Gli anni '80 sono stati caratterizzati fin dall'inizio dall'intervento legislativo mirato alla creazione di un sistema penale più efficace per i delitti in materia di terrorismo, ed è a questi anni che si ricollega la nascita del fenomeno della dissociazione; non è facile definire questa condotta, poiché è integrata da una serie di comportamenti tra loro molto eterogenei, il che rende difficile ricostruirla in termini certi, ma questa è stata proprio la sfida che ha accolto il legislatore del 1987, quando ha elaborato la nuova legge in materia di dissociazione dal terrorismo. È importante riflettere sul fatto che fino a quel momento la condotta di dissociazione era stata variamente incentivata da normative premiali, ma senza mai andarla ad individuare in maniera precisa, definendone le caratteristiche; la nuova legge invece ha colmato questa lacuna, aprendo il testo con l'individuazione delle condotte costituenti dissociazione.

L'art. 1, rubricato "condotte di dissociazione", prevede che *"agli effetti della presente legge si considera condotta di dissociazione dal terrorismo il comportamento di chi, imputato o condannato per i delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, ha definitivamente abbandonato l'organizzazione o il movimento terroristico o eversivo a cui ha appartenuto, tenendo congiuntamente le seguenti condotte: ammissione delle attività effettivamente svolte, comportamenti oggettivamente ed univocamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo, ripudio della violenza come metodo di lotta politica"*.

La prima questione da affrontare nell'esame della disposizione riguarda il suo ambito di applicabilità; la norma si rivolge innanzitutto agli imputati o condannati per i delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione che abbiano deciso di rompere con l'organizzazione e ripudiare quanto commesso⁵⁵, per cui è

⁵⁵ Per la giurisprudenza (Cass. Pen., sez. I, 4 ottobre 1988, in *Cass. Pen.*, 1990, fascicolo 1, p. 1161), i benefici previsti dalla legge del 1987 possono essere applicati anche al soggetto dichiarato latitante,

necessario, in via preliminare, verificare la natura del reato che viene contestato o per cui il soggetto è stato condannato; a questo proposito, il giudice tiene conto non solo del titolo del reato contestato, ma anche degli atti processuali riguardanti quel fatto, nel caso in cui l'applicazione degli altri parametri forniti dalla legge non consentano di individuare la natura terroristica od eversiva dell'illecito contestato.

In secondo luogo, la disposizione definisce la dissociazione attraverso il richiamo all'abbandono effettivo del circuito criminale, che si ritiene sussistente solo nel caso in cui l'interessato abbia tenuto congiuntamente le tre condotte individuate, cioè l'ammissione delle attività criminali che abbia effettivamente svolto, il comportarsi in modo oggettivamente ed univocamente incompatibile con il permanere del vincolo associativo e il ripudio della violenza come metodo di lotta politica⁵⁶.

La prima condotta richiamata, quella dell'ammissione delle attività svolte, può essere riempita di contenuto attraverso il riferimento ai lavori preparatori, in cui si mostra la volontà legislativa di non subordinare la sussistenza di questa condizione alla piena confessione di tutti i reati commessi; già nella relazione per la presentazione del disegno di legge (d. d. l. n. 221 del 12 ottobre 1983, on. De Martino e altri) si era esclusa la possibilità che la confessione potesse costituire una condizione necessaria per l'applicazione dei benefici, motivo per cui si era anche deciso di non inserire dei riferimenti autonomi alla collaborazione processuale, che si è voluta ricollegare alla condotta più generale dei "comportamenti oggettivamente incompatibili"; inoltre da più parti, durante la discussione, era emersa la volontà di non ricomprendere la piena confessione, cioè l'ammissione di

poiché tale sua condizione "non è astrattamente e concettualmente incompatibile con l'applicazione dei benefici" previsti.

⁵⁶ Secondo la giurisprudenza (Cass. Pen., sez. I, 27 ottobre 1988, in *Cass. Pen.*, 1990, fascicolo 1, p. 834) sulla commutazione o diminuzione di pena disposta ai sensi della l. n. 34 del 1987, la legge "non prevede alcuna forma di attivo od operoso ravvedimento postulante la spontaneità, la respiscenza, il pentimento per l'attività criminosa in precedenza svolta, essendosi il legislatore ispirato al fine di debellare praticamente ed efficacemente il terrorismo [...] più che a criteri morali. Non viene, inoltre, richiesto lo scioglimento dell'associazione, bensì il solo taglio, ma definitivo, del vincolo associativo da parte del soggetto che dichiara di dissociarsi".

tutti i reati contestati, per preferire l'ammissione alla partecipazione all'attività criminosa. La validità di questa interpretazione è suggerita anche dal confronto con gli artt. 2 e 3 della legge n. 304 del 1982⁵⁷, a favore dei "pentiti", in cui si richiede la "piena confessione di tutti i reati commessi", a cui si accompagnavano altri comportamenti di rilevanza processuale, quale l'adoperarsi efficacemente durante il processo "per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o per impedire la commissione di reati connessi" e l'ausilio alle autorità "nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura di uno o più autori dei reati commessi"; da ciò discende una netta differenza tra l'ammissione richiamata nella disposizione in esame e la confessione individuata nelle norme sui pentiti, in quanto fin dall'inizio la legge del 1987 aveva mostrato la volontà di svincolare l'applicazione dei vantaggi che discendono dalla dissociazione da requisiti processuali, motivo per cui la norma non richiede la collaborazione processuale da parte dell'interessato. L'ammissione quindi consiste, secondo la ricostruzione prevalente⁵⁸, nel raccontare le "attività effettivamente svolte", cioè quei comportamenti che hanno caratterizzato il ruolo dell'imputato o condannato nell'organizzazione, con la conseguenza che questo dovrà narrare al magistrato un resoconto di quella che è stata la sua esperienza all'interno del circuito criminale, mostrando le tappe che lo hanno portato al successivo abbandono; ovviamente la norma non richiede la delineazione di un quadro completo della vita dell'imputato nell'associazione⁵⁹ come condizione per applicare i benefici, ma comunque si richiede all'autorità inquirente di verificare se l'ammissione effettuata dal soggetto possa o meno definirsi come tale, attraverso una valutazione discrezionale per cui

⁵⁷ V. § 1.3.1 *La legge 29 maggio 1982 n. 304, misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale.*

⁵⁸ Cfr. G. CASELLI, M. LAUDI, P. MILETTO, A. PERDUCA, *La condotta di dissociazione*, in *La dissociazione dal terrorismo (l. 18 febbraio 1987, n. 34, e relazioni ministeriali periodiche)*, tratto da *La legislazione dell'emergenza. Commenti ed atti ufficiali riuniti da Giovanni Conso*, Giuffrè Editore, 1989, § 3, cap. 1, p. 48 s.

⁵⁹ Tuttavia, la modalità più comune delle dichiarazioni di dissociazione è quella di riconoscimento delle proprie responsabilità per tutti i reati che vengono contestati, che avviene attraverso la formula generale "ammetto i reati...", a cui segue il racconto più dettagliato della propria storia nell'associazione.

non sono fissate delle regole, ma che viene effettuata tenendo conto di criteri e massime di esperienza, a cui si aggiunge quanto detto dal dissociato⁶⁰.

Uno dei problemi che a questo punto può configurarsi nella prassi applicativa riguarda la possibilità di riconoscere la sussistenza dell'ammissione quando questa venga effettuata da un soggetto che non ha preso parte all'attività dell'associazione, non essendovi mai stato partecipe. In linea teorica, questa situazione non dovrebbe rientrare nell'alveo applicativo della norma, in quanto questa si riferisce espressamente a chi abbia commesso dei delitti con finalità di terrorismo o eversione e si sia poi dissociato, abbandonando l'organizzazione, quindi escluderebbe l'operatività di fronte a situazioni in cui non è possibile in alcun modo parlare di dissociazione. Tuttavia, può accadere che il soggetto non appartenente all'organizzazione sia, ed esempio, legato da rapporti di amicizia ai componenti della stessa e che quindi decida di aiutarli nella commissione dei delitti volti a raggiungere i risultati perseguiti dall'associazione; in queste situazioni, si ritiene che si possa riconoscere anche per queste persone la qualifica di dissociato, con gli effetti premiali che ne discendono, a patto che non sia stato reticente o abbia mentito nel descrivere la condotta o sia dubbio il suo effettivo allontanamento.

Il secondo requisito sancito dall'art. 1 e sintomatico della dissociazione è l'aver tenuto "comportamenti oggettivamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo". È un requisito che può interessare una serie di condotte, quali l'aver trasmesso informazioni alle autorità inquirenti sull'attività svolta dall'associazione oppure aver garantito l'individuazione delle armi occultate, come anche della base dell'organizzazione, o comunque tutte quelle condotte che dimostrino un certo impegno dell'imputato o condannato nel sopprimere il circuito criminale a cui apparteneva; queste situazioni verranno valutate dal magistrato, tenendo conto anche della condotta del soggetto, del dato temporale e delle modalità con cui si è affermata la volontà di recidere il rapporto con l'associazione, con degli

⁶⁰ Secondo la giurisprudenza (v. Cass. Pen., sez. I, 4 ottobre 1988, n. 3160, in *CED Cass. Pen.* 1989), l'ammissione delle attività che sono state svolte "non può essere limitata soltanto ai fatti che soggettivamente l'imputato o il condannato ritenga di aver compiuto, ma deve riferirsi ai fatti giudizialmente accertati, penalmente rilevanti e di carattere non marginale".

evidenti pericoli di sopravvalutazione della situazione in cui si trova il reo, soprattutto quando si fa riferimento alla buona condotta come detenuto.

Terzo requisito è mostrato nella richiesta all'imputato o condannato di un atto di "ripudio della violenza come metodo di lotta politica", chiedendo il legislatore una sorta di abiura, consistente nel riconoscere l'inaccettabilità *in toto* della lotta armata come mezzo di lotta politica, a prescindere dai risultati che l'associazione ha conseguito attraverso l'uso della violenza. La prova del ripudio viene individuata in quegli stessi comportamenti che mostrano il definitivo e assoluto abbandono del circuito organizzativo criminale; più problematico è invece l'utilizzo del termine "violenza", che ricomprenderebbe qualsiasi impiego della forza fisica, anche estraneo all'area del terrorismo; tuttavia, bisogna interpretare il termine tenendo conto della logica della disposizione, che sembra aver voluto circoscrivere il ripudio agli atti di violenza che sono posti in essere per raggiungere obiettivi eversivi o terroristici. Inoltre, perché si configuri il requisito, è necessario che il ripudio della violenza sia assoluto, cioè svincolato da qualsiasi dato temporale o ambientale.

L'art. 2 della legge n. 34 del 1987, rubricato "commutazione e diminuzioni di pena prima della condanna definitiva", stabilisce che *"la pena per i delitti di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico è così commutata o diminuita nei confronti di chi, entro la data in vigore della presente legge, si è dissociato ai sensi dell'art. 1: a) alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione per trenta anni; b) fuori dal caso di cui alla lettera a), le altre pene sono diminuite: di un quarto se la condanna concerne, da soli o insieme ad altri reati, i delitti di omicidio volontario consumato o tentato o di lesioni personali volontarie gravissime; della metà se la condanna concerne soltanto delitti di carattere associativo o di accordo, delitti di porto e detenzione di armi ed esplosivi, delitti di falsità e di favoreggiamento personale o reale, delitti di apologia e istigazione di cui agli articoli 302, 414 e 415 del codice penale anche in concorso tra di loro; di un terzo in ogni altro caso"*.

La norma prevede l'applicazione di un trattamento favorevole nei confronti dell'imputato di un reato in materia di terrorismo o di eversione dell'ordinamento nel caso in cui, prima della condanna definitiva, si sia dissociato. Una questione

prodromica da affrontare nell'analisi della disposizione è la sua natura giuridica, in quanto ci si è interrogati⁶¹ se l'insieme delle attenuazioni previste possa produrre le conseguenze tipiche delle circostanze attenuanti o meno; partendo dalla constatazione della mancata presenza nel testo del termine "circostanza", bisogna considerare gli effetti che la dissociazione produce sulla pena, dal momento che la norma prevede un'esclusione del giudizio di comparazione con circostanze aggravanti ai sensi dell'art. 69 c. p. (co. 3) e una modifica del *quantum* di sanzione che è stata precedentemente stabilita, delineando a tal proposito una sorta di schema bifasico, in cui in un primo momento si effettua una valutazione della gravità del fatto e si sceglie la pena-base che si applicherebbe nel caso di mancata dissociazione, successivamente si vanno a ridurre automaticamente i risultati raggiunti attraverso l'applicazione delle diminuzioni previste; questa situazione fa sì che l'effetto prodotto dall'intervento della dissociazione prima della sentenza definitiva sia una modifica astratta della pena concreta complessivamente considerata, differenziandosi sia dalle circostanze ad effetto speciale, per cui sono stabilite pene di specie diversa o determinate in misura indipendente, nelle quali si determina solo una modifica astratta della pena edittale, sia dalle circostanze ad efficacia comune, che incidono sulla pena-base, che viene individuata prima di determinare la pena concreta complessiva.

Si tratta di una norma premiale particolare, in quanto stabilisce l'applicazione di un meccanismo di riduzione di pena molto rigido, se lo si confronta con le altre norme tipiche della legislazione dell'emergenza, dove si prevede una diminuzione di pena fissando delle variazioni tra un minimo ed un massimo edittale, al contrario di quanto avviene nella situazione considerata, dove invece l'attenuazione avviene sempre in maniera fissa, a cui si aggiunge anche la particolare previsione dell'esclusione dell'operatività del meccanismo di comparazione di cui all'art. 69 c. p., che ritrova come suo unico precedente l'art. 4 ult. co. della legge 15 del 1980, dove si prevede l'inapplicabilità dell'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico in presenza delle

⁶¹ Cfr. G. CASELLI, M. LAUDI, P. MILETTO, A. PERDUCA, *Commutazione e diminuzione di pena prima della condanna definitiva*, in *La dissociazione dal terrorismo*, op. cit., cap. 2, § 2, p. 68.

attenuanti speciali richiamate dalla normativa di riferimento. Questa caratteristica che rende peculiare l'art. 2 è da ricollegare alla volontà del legislatore, che ha voluto rendere certe le conseguenze che discendono dalla dissociazione, riducendo così il peso della discrezionalità del giudice nella sua valutazione e conseguente determinazione di pena.

Per quanto riguarda i contenuti della norma, la dissociazione che sia intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge comporta o la commutazione della pena dell'ergastolo in quella della reclusione pari a 30 anni, indipendentemente dalla imputazione che l'ha determinata (lettera *a*), o delle riduzioni di pena diversificate in base al reato commesso, che può essere ricondotto ad una delle tre categorie di delitti richiamate dalla norma (lettera *b*); in quest'ultimo caso la diminuzione più significativa, pari alla metà della pena-base, viene riconosciuta per chi abbia commesso solo delitti di carattere associativo o di accordo, delitti di porto o detenzione di armi ed esplosivi, delitti di falsità e favoreggiamento personale o reale e delitti di apologia e istigazione di cui agli artt. 302 (istigazione a commettere delitti contro la personalità internazionale ed interna dello Stato) e 414 (istigazione a delinquere), quindi nei confronti di chi abbia partecipato all'organizzazione, ricercato il consenso attraverso l'istigazione ad agire illegalmente o garantito un supporto logistico. Viene invece prevista una diminuzione minima, pari a $\frac{1}{4}$ della pena-base, nel caso in cui sia stato commesso il delitto di omicidio volontario, anche tentato, o il delitto di lesioni personali volontarie gravissime, da soli o in concorso con altri reati, dove la *ratio* della attenuazione minore di pena è da ricercare nel fatto che si tratta di delitti perpetrati in applicazione del programma di azione dell'associazione. Infine, si stabilisce una diminuzione a carattere intermedio, pari a $\frac{1}{3}$ della pena-base, per qualsiasi altro reato commesso con finalità di terrorismo o di eversione non ricompreso in quelli specificamente richiamati dalla norma.

Il co. 2 dell'art. 2 esclude l'applicabilità del beneficio nel caso in cui la condanna riguardi anche i delitti di strage previsti dagli artt. 285 e 422 (rispettivamente "devastazione, saccheggio e strage" e "strage").

Il co. 3 invece disciplina due regole a carattere processuale, dove la prima si rivolge al giudice del dibattimento, affermando che "*la commutazione e la*

diminuzione di pena indicate nel comma 1 si applicano alla pena che dovrebbe essere inflitta tenendo conto delle circostanze aggravanti e attenuanti, del concorso formale e della continuazione: esse sono escluse dalla comparazione di cui all'art. 69 del Codice penale e sono valutate per ultime"⁶²; la seconda regola si rivolge invece alla Corte di Cassazione, prevedendo che tali sconti di pena possano essere erogati anche nell'ultimo grado di giudizio, nel qual caso la Corte vi provvederà a norma del co.3 dell'art. 538 c. p. p.⁶³

L'art. 3 della legge del 1987 disciplina la commutazione e la diminuzione della pena nel caso in cui la condanna sia già divenuta definitiva, prevedendo che *"le pene inflitte per uno o più reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale con sentenza divenuta definitiva prima dell'entrata in vigore della presente legge sono commutate o diminuite, secondo quanto è previsto dall'articolo 2, nei confronti di chi, prima o anche dopo la condanna, purché entro la data di entrata in vigore della presente legge, si è dissociato ai sensi dell'articolo 1"*.

La norma è stata introdotta per garantire la sua applicazione anche nei confronti di tutti i dissociati, nei cui confronti però, nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge, era sopraggiunta una sentenza di condanna definitiva, che altrimenti non avrebbero potuto beneficiare delle attenuazioni, anche per quanto stabilito dal principio generale in materia di successioni di leggi penali nel tempo

⁶² Secondo la Corte di Cassazione (Cass. Pen., sez. I, 27 ottobre 1988, in *Cass. Pen.*, 1990, fascicolo 1, p. 834), l'art. 2 "esclude ogni potere discrezionale del giudice nella commutazione e nella diminuzione della pena in favore di qualunque persona riconosciuta colpevole, o già definitivamente condannata, per i delitti di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale: per il semplice fatto che l'agente abbia tenuto la condotta tassativamente descritta (quella di cui all'art. 1), è presuntivamente ritenuta dalla legge di dissociazione. L'accertamento giudiziale deve essere, quindi, indirizzato alla verifica della sussistenza oggettiva dei requisiti prescritti da quest'ultima norma, tutti concorrenti, i quali fanno presumere sintomaticamente il definitivo abbandono dell'organizzazione o del movimento terroristico od eversivo".

⁶³ La disposizione prevede infatti che *"La Corte di Cassazione decide in ogni caso nel merito, senza pronunciare annullamento, quando occorre applicare disposizioni di legge più favorevoli all'imputato, anche se sopravvenute dopo la dichiarazione di ricorso, e non sia necessario assumere nuove prove diverse dall'esibizione di documenti"*.

di cui all'art. 2 co. 3 c. p., che esclude l'applicabilità delle disposizioni di legge più favorevoli al reo, successive a quelle vigenti nel momento in cui il reato è stato commesso, se è sopraggiunta sentenza irrevocabile. In questo modo si è consentita la riduzione o commutazione di pena prevista dall'art. 2 anche nei confronti di chi sia stato condannato con sentenza definitiva precedentemente all'entrata in vigore della legge e abbia realizzato le condotte richiamate nell'art. 1; l'unico requisito richiesto è che il condannato si sia dissociato entro l'entrata in vigore della legge, quindi entro l'8 marzo 1987, non avendo rilevanza la circostanza che la condotta dissociativa sia stata realizzata prima o dopo la pronuncia della condanna definitiva.

Il co. 2 disciplina la competenza all'emanazione del provvedimento, attribuita al giudice dell'esecuzione, con procedura definita ai sensi degli artt. 628 ss. c. p.

Nonostante l'interpretazione normativa non sia da ritenere particolarmente problematica, vi è comunque una questione importante da dover affrontare, vale a dire quella sulla dubbia legittimità costituzionale della norma in riferimento all'art. 79, poiché ritenuta una forma di indulto, quando la disposizione costituzionale demandava solo al presidente della Repubblica la concessione dello stesso attraverso apposita delega⁶⁴. La questione era stata sollevata davanti al tribunale di Teramo nel febbraio 1988 in riferimento ad una presunta violazione degli artt. 79, co. 1, e 87, co. 11 Cost⁶⁵; l'ordinanza sottolineava in particolare come il mutamento e le diminuzioni di pena di cui all'art. 3 fossero espressione della potestà di clemenza, cioè una sostanziale concessione di un indulto, che la Costituzione attribuiva al presidente della Repubblica in seguito a legge di delegazione da parte delle Camere, secondo il vecchio testo dell'art. 79, co. 1, ovvero in virtù dei propri

⁶⁴ L'art. 79 Cost. è stato modificato dall'art.1 della l. cost. 6 marzo 1992, n. 1 in questi termini: *“L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. 2. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. 3. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge”*.

⁶⁵ L'art. 87, co.11 Cost. afferma che *“(il presidente della Repubblica) Può concedere la grazia e commutare le pene”*.

poteri secondo il co. 11 dell'art. 87, il che farebbe ritenere che vi sia stato uno sconfinamento nei poteri del Capo dello Stato da parte delle Camere nell'emanazione di questa particolare norma. La Corte, con l'ordinanza n. 188 dell'aprile 1989, ha dichiarato infondata la questione, "considerato che il richiamo al potere di grazia di cui all'art. 87, undicesimo comma, della Costituzione, risulta del tutto ultroneo, avendo tale beneficio natura strettamente individuale, senza che sia richiesta per la sua concessione una legge di delegazione delle Camere [...] che anche il riferimento all'istituto dell'indulto condizionato e la conseguente prospettata violazione dell'art. 79, primo comma, della Costituzione si rivelano non puntuali, perché l'ordinanza di rimessione assume a fondamento della proposta questione di legittimità commutazioni e diminuzioni di pena, mentre lo strumento previsto dal parametro costituzionale invocato (decreto del Presidente della Repubblica, previa legge di delegazione delle Camere), riguardando "essenzialmente la scelta dei reati da beneficiare", "non decide, di regola, sulle conseguenze che, in ordine ai reati "scelti", si producono sulle vicende giuridiche relative alle sanzioni o agli effetti penali della condanna".

In ogni caso, la commutazione come la diminuzione di pena può essere revocata, ai sensi dell'art. 5 dal giudice, durante il giudizio di merito, o dal giudice dell'esecuzione, "*se chi ne ha beneficiato commette un nuovo delitto di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o comunque tiene comportamenti inequivocabilmente incompatibili con la precedente dissociazione*". Si tratta di una sanzione che il legislatore ha voluto applicare a chi, dopo aver usufruito del beneficio, abbia tenuto dei comportamenti incompatibili con la dissociazione o abbia commesso nuovi delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione, con l'intento di evitare la recidiva da parte dei dissociati.

1.4. L'estensione della normativa premiale alla criminalità organizzata.

Già agli inizi degli anni '80, si era avanzata da più parti la proposta di ampliare l'ambito di applicazione della normativa premiale, che in quel periodo

stava prendendo forma, anche alla criminalità organizzata⁶⁶, ritenendo che avrebbe potuto essere utile per colpire dall'interno le organizzazioni mafiose, grazie al riconoscimento di una valenza, quale circostanza attenuante, della collaborazione prestata. Tuttavia, passarono degli anni prima che il legislatore intervenisse in questo senso; le proposte infatti furono ostacolate con molta forza, poiché si riteneva inapplicabile una disciplina come quella elaborata per il terrorismo anche per la criminalità organizzata, ragionando sulla eterogeneità dei due fenomeni, soprattutto in riferimento alle diverse motivazioni che spingono alla dissociazione il terrorista pentito e l'appartenente all'organizzazione mafiosa; il primo collaborerebbe dopo aver preso atto del fallimento della strategia terroristica ed eversiva attuata, il secondo invece sarebbe incentivato alla collaborazione esclusivamente da ragioni utilitaristiche, con la conseguenza che la possibile estensione del beneficio avrebbe potuto determinare fenomeni di dissociazioni non genuine⁶⁷. A criticare questa estensione era soprattutto la dottrina penalistica, che si era già mostrata molto critica nei confronti della legislazione premiale antiterrorismo, e che a maggior ragione riteneva assolutamente inapplicabile una normativa analoga anche per il fenomeno mafioso, soprattutto considerando che, contrariamente a quanto accaduto per la disciplina premiale terroristica, non si individuava alcun tipo di emergenza mafiosa di proporzioni tali da dover necessariamente intervenire con delle norme che prevedessero l'applicazione di

⁶⁶ Una delle prime proposte rilevanti in tale materia fu formulata da un gruppo di magistrati antimafia di Palermo, che ritenevano fondamentale l'estensione della normativa premiale in tre distinte situazioni, vale a dire nella lotta alla criminalità organizzata (per cui si prevedeva l'applicazione di una circostanza attenuante e in alcuni casi la non punibilità, sia per il reato associativo che per i reati-scopo perseguiti, nel caso di recesso dall'associazione ed efficace ed attiva collaborazione con l'autorità giudiziaria), nei fenomeni di corruzione dei pubblici ufficiali (per cui si proponeva la non punibilità del corruttore nel caso di confessione e fornitura di prove atte a determinare la condotta del pubblico funzionario corrotto) nonché per qualsiasi altro delitto di particolare gravità, per cui si prevedeva l'applicazione di una attenuante per chi, nel corso del processo o dopo la condanna, avesse rivelato l'identità dei correi o avesse fornito prove idonee a scoprire i responsabili di altri delitti-

⁶⁷ Cfr. A. MAGLIULO, *Politiche legislative premiali per i collaboratori di giustizia*, in AA. VV., *Le politiche legislative di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di S. STAIANO, p. 57.

benefici ai pentiti, che in alcuni casi (si pensi ad esempio al maxiprocesso a Cosa Nostra, tra il 1986 e il 1987, in cui è stato fondamentale l'intervento di Tommaso Buscetta) collaboravano con l'autorità giudiziaria anche in assenza di una disciplina *ad hoc*; al massimo si sarebbero potute ipotizzare solo due casi di benefici premiali agli appartenenti all'organizzazione mafiosa, in particolare una circostanza attenuante che avesse adeguato la diminuzione della pena alla diminuita pericolosità sociale del soggetto e addirittura una esclusione di punibilità per chi avesse garantito, con il suo contributo, alla distruzione dell'organizzazione di appartenenza. In conclusione, salvo alcune voci favorevoli alla applicazione di premi anche per la criminalità organizzata⁶⁸, non si riteneva necessaria, tantomeno opportuna, l'introduzione di una disciplina premiale anche per la criminalità mafiosa, stante soprattutto l'insussistenza delle ragioni di emergenza che avevano precedentemente determinato l'applicazione di quella disciplina ai reati di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico.

Tuttavia, dal 1990 il legislatore cominciò ad estendere la normativa premiale anche alla criminalità organizzata, a partire dalla previsione di una circostanza attenuante speciale per i collaboratori che appartenessero ad associazioni criminali dedite al traffico di stupefacenti. Introdusse infatti all'art. 74 del d. p. R. 9 ottobre 1990, n. 309, al co. 7, la previsione per cui *“le pene previste dai commi 1 e 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti”*; la circostanza, nonostante sia stata plasmata prendendo a modello l'art. 4 del d. l. n. 625 del 1979 e il co. 5 dell'art. 630 c. p., presenta alcuni tratti peculiari, come il fatto di dare una maggiore importanza all'aspetto probatorio- processuale della collaborazione prestata; diversamente da quanto previsto nelle disposizioni emergenziali degli anni '80, in cui veniva perseguito soprattutto un obiettivo pratico nell'ottica delle indagini, a prescindere dall'aspetto

⁶⁸ Il favore all'estensione si basava su due ragioni fondamentali, per cui, dal punto di vista della prevenzione generale, si riteneva che avrebbe potuto garantire uno scioglimento delle organizzazioni con conseguente maggior protezione per i beni giuridici tutelati, e, dal punto di vista della prevenzione speciale, garantiva un distacco dall'attività dell'organizzazione, a prescindere da quale fosse la motivazione che l'avesse determinata.

processuale della collaborazione⁶⁹, la disposizione richiede che il soggetto, per beneficiare dell'attenuante, non abbia semplicemente contribuito, con le sue dichiarazioni, alla cattura dei concorrenti nel reato, ma che abbia anche garantito l'acquisizione di prove sulla consumazione del reato, ovvero, in via alternativa, abbia contribuito alla sottrazione all'associazione delle risorse decisive alla commissione dei reati.

Nonostante questa modifica del 1990 in materia di traffico di stupefacenti, il legislatore continuava ad avere una visione scettica del premio nell'ambito della criminalità mafiosa, per cui non si riteneva necessaria la sua introduzione, chiarendo come la circostanza attenuante speciale introdotta nell'art. 74 del d. p. R. fosse stata determinata esclusivamente dalla necessità di contrastare in maniera effettiva il traffico di stupefacenti, e quindi all'interno di un disegno politico ben definito. Ma ben presto, di fronte alla emergenza che si era manifestata a seguito dell'ennesimo omicidio, in quel caso del giudice Rosario Livatino, avvenuto ad Agrigento nel settembre del 1990, il legislatore mutò il suo approccio, anche di fronte alle critiche della magistratura siciliana, scatenate dall'assoluta inadeguatezza delle blande misure adottate dallo Stato per combattere la mafia. Fu così che si aprì una stagione di importanti novità legislative sul fronte della lotta alla criminalità organizzata, inaugurate dal d. l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, con cui venne prevista una disciplina organica sulla protezione dei collaboratori e dei testimoni nei processi implicanti la mafia⁷⁰; successivamente, con il d. l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, venne introdotta la prima fattispecie premiale per chi si fosse dissociato dalla associazione mafiosa e infine, dopo la strage di Capaci, il legislatore emanò il d. l. 8 giugno 1992, n. 306, che venne convertito in legge il giorno stesso della strage di Via D'Amelio, con cui introdusse sia inasprimenti sanzionatori per chi si fosse reso responsabile del delitti di associazione mafiosa,

⁶⁹ V. §1.2. in riferimento all'art. 630, co. 5 c. p., in cui si richiede all'imputato di adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero di fornire un aiuto concreto nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti; v. anche §1.2.1. su art. 4 d. l. n. 625/1979.

⁷⁰ V. §1.4.2. *La normativa premiale e gli strumenti di protezione dei collaboratori di giustizia.*

sia dei benefici per i collaboratori. Si tratta quindi di una serie di leggi, emanate per rispondere alla necessità di affrontare nuovamente una grave emergenza, facendo sì che si ricorresse ancora una volta alla decretazione d'urgenza, il che ha determinato la nascita di norme molto spesso non ben collegate, da cui però è possibile ricavare tre caratteristiche fondamentali, strettamente correlate tra di loro, quali la previsione di circostanze attenuanti e di benefici penitenziari anche in deroga alle leggi vigenti, la possibilità di predisporre un programma di protezione e di assistenza del collaboratore e dei suoi familiari, l'applicazione del "carcere duro", di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., per i soggetti che si sono resi responsabili del reato di associazione per delinquere di tipo mafioso, che non abbiano collaborato in alcun modo con la giustizia.

1.4.1. La circostanza attenuante della collaborazione attuata dal concorrente dissociatosi (art. 8 del D. L. n. 152 del 1991, convertito in Legge n. 203 del 1991).

Con il d. l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203, recante "*provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*", il legislatore ha introdotto la disposizione premiale di cui all'art. 8, co.1, ai sensi del quale "*per i delitti di cui all'art. 416-bis del Codice penale e per quelli commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a vent'anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà*"⁷¹.

⁷¹ Con il d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21, il legislatore ha abrogato gli artt. 7 e 8, per trasporli, in occasione della riforma sulla riserva di codice, nell'art. 416-*bis*.1 c. p., rubricato "circostanze aggravanti ed attenuanti per reati connessi ad attività mafiose".

Le ragioni ispiratrici della norma possono essere ricavate dall'analisi dei lavori preparatori, da cui emerge la volontà di fronteggiare le situazioni di emergenza che si sono create a causa dell'elevato potenziale offensivo raggiunto dalle organizzazioni mafiose, situazioni addirittura equiparate, per alcuni versi, a quelle che avevano caratterizzato la stagione del terrorismo eversivo; dal punto di vista criminologico, sia la criminalità mafiosa sia quella terroristica presentano caratteristiche comuni, quali le modalità di azione, connotate dall'uso della violenza in maniera sistematica, anche di tipo "stragista", e le finalità intermedie perseguite, come la destabilizzazione delle istituzioni dello Stato⁷²; si tratta di situazioni di emergenza che vengono affrontate dal legislatore nell'ottica di una repressione e prevenzione non dei singoli fatti di reato, quanto piuttosto dei fenomeni criminosi globalmente considerati, per combattere i quali ha voluto introdurre un meccanismo sanzionatorio differenziato.

La norma è costruita prendendo a modello diverse disposizioni formulate negli anni della legislazione dell'emergenza, prevedendo l'applicazione di una circostanza aggravante, che va da un terzo alla metà, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c. p. e per quelli che sono commessi per agevolare l'attività di quelle stesse associazioni, a cui si accompagna una circostanza attenuante, della medesima entità, per chi collabori con l'autorità giudiziaria. In particolare, ha ripreso dall'art. 4 del d. l. n. 625 del 1979 e dal co. 5 dell'art. 630 c. p. la formula dell'aiutare concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione e cattura dei concorrenti, ma differenziandosi nella previsione di una sola forma di condotta collaborativa tipica, piuttosto che nella forma alternativa, mentre dall'art. 3 della l. n. 304 del 1982, come dall'art. 5 della l. n. 15 del 1980 ha recuperato, con alcune variazioni, il fatto di fornire elementi di prova utili o determinanti per la ricostruzione del fatto; riprende invece la propria struttura dall'art. 73 del T. U. sugli stupefacenti⁷³, dove

⁷² Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale: modelli legislativi ed esiti giurisprudenziali*, cap. 1, § 4, in *Il premio per la collaborazione processuale* cit., p.74 ss.

⁷³ In particolare, il co. 7 dell'art. 73 prevede che "Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a

il ravvedimento processuale si pone come modalità esemplificativa di impedimento delle conseguenze ulteriori del reato. Tuttavia, non si è voluto replicare completamente la disciplina dettata per i reati commessi con finalità di terrorismo, motivo per cui presenta dei requisiti originali, primo tra tutti nella determinazione del destinatario della disposizione, individuato nell'imputato, comportando alcuni problemi interpretativi che si riflettono sulla portata applicativa della norma; se infatti si fa riferimento al significato letterale del termine, il co. 1 si riferirebbe esclusivamente a chi è stato rinviato a giudizio, ma non anche al soggetto che abbia fornito delle informazioni aventi un rilevante contributo probatorio in qualità di testimone o imputato di un reato connesso, o comunque al di fuori del processo in cui rivesta la qualifica di imputato, come anche rimarrebbe escluso il soggetto indagato che però abbia fornito informazioni; a queste considerazioni si aggiunga anche il fatto che per il soggetto imputato risulterebbe sempre più difficile adoperarsi per evitare le ulteriori conseguenze del reato con il procedere del giudizio, con la conseguenza che si dovrebbe ritenere più probabile che la collaborazione concretamente utile potrà essere prestata solo da un soggetto non ancora imputato, come in stato di fermo o in custodia cautelare, che, grazie ad un contributo tempestivo, potrà garantire il raggiungimento degli obiettivi dichiarati della disposizione; ritenendo quindi improbabile che la norma si riferisca all'imputato, in senso letterale, quale soggetto destinatario del beneficio, si può ragionevolmente ritenere che il legislatore abbia utilizzato il termine imputato in senso atecnico; ciò che infatti conta è che il soggetto collaborante si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, richiedendo, quindi, che la condotta sia oggettivamente idonea a realizzare lo scopo, indipendentemente dal fatto che si giunga al risultato; sembrerebbe che il legislatore abbia voluto costruire la norma come un'ipotesi premiale in cui ciò che conta è che la collaborazione prestata sia seria, tale da indebolire di per sé l'associazione mafiosa e da incidere sulla sua normale operatività⁷⁴.

conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti".

⁷⁴ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., cap. 1, § 4, pp. 76 ss.

Perché l'attenuante possa applicarsi, è necessario che il collaborante abbia commesso uno dei delitti indicati dall'art. 8 co.1, quali quello di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c. p., ovvero un delitto commesso avvalendosi della situazione di omertà e assoggettamento previsti dalla stessa norma codicistica, ovvero commesso per agevolare l'attività dell'associazione mafiosa⁷⁵. Inoltre, poiché la norma richiede una oggettiva idoneità della collaborazione all'impedimento delle conseguenze ulteriori che derivino dal reato, necessariamente potrà riguardare soltanto reati suscettibili di una progressione offensiva, quali reati permanenti, abituali e aggravati dall'evento, oltre che quelli che si arrestano alla fase del tentativo.

La disposizione si caratterizza anche per il richiamo alla dissociazione, richiesta innanzitutto in riferimento al reato di associazione di tipo mafioso o ai reati commessi avvalendosi delle condizioni richiamate nell'art. 416-*bis* c. p., dove è necessario che il soggetto dimostri di aver rotto il legame con la *societas*, assimilando così la dissociazione ad un vero e proprio recesso dal sodalizio criminoso, a cui si accompagna la collaborazione; ma è richiesta anche per i delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione; in questa situazione, la disposizione sembra riferirsi anche ad un soggetto estraneo all'associazione stessa, nei cui confronti però si ritiene comunque doveroso un recesso dal sodalizio criminoso, intesa come una forma di revoca del consenso precedentemente prestato all'agevolazione dell'attività dell'associazione, il che sarebbe giustificato dalla omogeneità strutturale dell'associazione mafiosa e del concorso eventuale nell'associazione; ciò che conta è che la collaborazione, intesa in entrambe le situazioni come rottura del *pactum sceleris*, sia leale, cioè che non sia frutto di una

⁷⁵ A tal proposito, la Corte di Cassazione (Cass. Pen., sez. VI, 9 maggio 2017, n.31874, in *CED* Cass. Pen. 2017) ha affermato che, per l'applicazione della circostanza attenuante della dissociazione di cui all'art. 8, "è necessario che il soggetto che ne beneficia sia ritenuto responsabile di partecipazione ad associazione mafiosa ovvero di un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cod. pen. ovvero al fine di agevolare le attività mafiose, ai sensi dell'art. 7 del medesimo d.l. n. 152 del 1991; la predetta attenuante non può, invece, trovare applicazione qualora la formale contestazione dell'aggravante di cui al citato art. 7 non trovi positivo riscontro in sentenza".

tattica concordata con la stessa associazione di appartenenza⁷⁶. È importante sottolineare come, diversamente da quanto accaduto per la legislazione in materia di terrorismo, la dissociazione diviene mero presupposto perché l'attenuante possa operare⁷⁷, tanto che non si è voluto renderla oggetto di una specificazione dal punto di vista del suo contenuto, motivo per cui la sua semplice sussistenza non potrà essere sufficiente a garantire l'applicazione dell'attenuante, dovendo necessariamente essere affiancata dalla condotta di collaborazione. Quest'ultima, per garantire la diminuzione di pena, deve essere idonea ad impedire che dalla attività delittuosa discendano conseguenze ulteriori, indipendentemente dalle modalità attraverso cui viene posta in essere⁷⁸, tanto che viene elaborata in via esemplificativa, come si può dedurre dalla presenza della congiunzione *anche* in riferimento all'ausilio prestato all'autorità giudiziaria nella individuazione e cattura degli autori del reato; si tratta quindi di una collaborazione di tipo probatorio, a cui viene attribuita rilevanza nel momento in cui, *ex ante*, risulta essere in grado interrompere l'iter criminoso, evitando che si vada ad approfondire un'offesa già arrecata, che, per alcuni autori⁷⁹, sembra porsi a metà strada tra una collaborazione processuale, quale quelle tipiche della legislazione dell'emergenza del decennio

⁷⁶ Cfr. G.C. CASELLI, A. INGROIA, *Normativa premiale e strumenti di protezione dei collaboratori di giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. GREVI, Editori Laterza, 1993, § 6, p. 213.

⁷⁷ Ciò è confermato anche dalla giurisprudenza (Cass. Pen., sez. I, 19 giugno 2015, n.48646, in *CED* Cass. Pen. 2016) secondo cui, nell'applicare l'attenuante della dissociazione attuosa, è necessario il presupposto della "dissociazione e l'utilità del contributo dichiarativo prestato dall'imputato, prescindendo dalla qualità degli elementi probatori già emersi e dalla spontaneità, da parte del collaborante, della revisione critica del proprio operato".

⁷⁸ Anche secondo la giurisprudenza (v. Cass. Pen., sez. III, 12 dicembre 2012, n.3078, in *CED* Cass. Pen., 2012) per l'operatività dell'attenuante della dissociazione attuosa è sufficiente che la collaborazione sia effettivamente esplicita, "sicché deve escludersene l'applicazione quando la condotta dissociativa riguardi fatti diversi da quelli in relazione ai quali l'attenuante viene invocata ovvero quando il contributo intervenga in presenza di un quadro probatorio che aveva già consentito l'individuazione dei concorrenti nel reato".

⁷⁹ V. G. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d. l. n. 152/1991)*, in V. MAIELLO (a cura di) *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, cap. 2, p. 197 ss.

precedente, e una collaborazione con la giustizia. Per quanto riguarda il contenuto della collaborazione, bisogna necessariamente fare riferimento alla giurisprudenza, in quanto il legislatore non ha definito in maniera specifica i parametri per qualificare un determinato comportamento come idoneo ad evitare un accrescimento dell'offesa arrecata; si è quindi interpretata la condotta collaborativa come una condotta che non si limita a richiedere una semplice resipiscenza o alla confessione delle proprie responsabilità, ma una vera e propria attività concreta di collaborazione con le autorità inquirenti, che non determini la semplice dissociazione; si sostiene infatti che non abbia alcuna valenza per l'ordinamento un'abiura o un'altra forma di manifestazione di pentimento, in quanto rilevante nel solo contesto culturale mafioso, dal momento che l'unico fattore veramente importante è che l'imputato abbia prestato un contributo effettivamente e realmente utilizzabile. Perché però operi l'attenuante non è necessario che il risultato richiamato dalla norma sia effettivamente raggiunto, essendo sufficiente l'astratta idoneità della condotta a produrre quegli effetti attraverso un comportamento che verrà valutato dal giudice attraverso un giudizio prognostico *ex ante*.

Perché però si configuri la circostanza attenuante, è necessario che gli elementi forniti dall'imputato in occasione della sua collaborazione siano decisivi per ricostruire i fatti e per individuare e catturare gli autori dei reati; deve quindi rendere delle dichiarazioni, che potranno consistere in narrazioni dettagliate, chiamate di correi oppure spiegazioni dettagliate dello svolgersi dei fatti, in ogni caso informazioni che abbiano arricchito il quadro probatorio di cui gli inquirenti risultavano già in possesso. In ogni caso, anche secondo quanto affermato più volte dalla giurisprudenza⁸⁰, l'attenuante della dissociazione attuosa in commento non può concorrere con la circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, co. 1, n. 6, seconda parte, c. p. (cioè il fatto di essersi adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, prima del giudizio e fuori dal caso dell'ult. co. Art. 56 c. p.), poiché, nonostante facciano riferimento alla stessa condotta, la prima presenta degli elementi speciali

⁸⁰ V. Cass. Pen., sez. II, 27 settembre 2012, n. 2833, in *CED Cass. Pen. 2012*; Cass. Pen., sez. VI, 5 dicembre 2013, n. 49820, in *CED Cass. Pen. 2013*.

rispetto alla seconda, quali il contesto criminale di riferimento o le modalità della collaborazione e il conseguente trattamento sanzionatorio.

1.4.2. La normativa premiale e gli strumenti di protezione dei collaboratori di giustizia.

I collaboratori di giustizia sono stati sempre visti dall'ordinamento come uno strumento essenziale nella lotta alla criminalità organizzata, in quanto le loro dichiarazioni permettono di conoscere quella che è la struttura e l'organizzazione delle associazioni, facilitando così lo svolgimento delle indagini.

La legislazione del fenomeno ha origine nelle norme premiali degli anni '80 a favore dei dissociati e pentiti nell'ambito delle organizzazioni terroristiche ed eversive; poiché queste disposizioni avevano riportato degli importanti risultati nella lotta a quel tipo di criminalità, in molti cominciarono a sollecitare un'estensione della normativa premiale anche ai collaboratori di giustizia appartenenti al crimine organizzato di tipo mafioso; una prima risposta positiva a questo impulso di ebbe nel 1988, con l'art. 2 della l. 15 novembre n. 486⁸¹, che attribuisce all'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa la facoltà di richiedere agli uffici competenti di adottare misure di protezione per i collaboratori di giustizia, dimostrando come si sia ritenuto estremamente importante sfruttare il patrimonio conoscitivo di soggetti interni all'associazione, quasi da divenire imprescindibile nello svolgimento delle indagini per questo tipo di reati. Nonostante ciò, mancava ancora una disciplina

⁸¹ In riferimento all'introduzione dell'art. 1-ter al d. l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 ottobre 1982, n. 726, il co. 3 stabilisce che *“L'Alto commissario potrà anche su segnalazione dell'autorità giudiziaria adottare o, previa intesa con il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, fare adottare, dagli uffici competenti, tutte le misure che valgono ad assicurare, garantendone la riservatezza anche in atti della pubblica amministrazione, la incolumità delle persone esposte a grave pericolo per effetto della loro collaborazione nella lotta contro la mafia o di dichiarazioni da esse rese nel corso di indagini di polizia o di procedimenti penali, riguardanti fatti riferibili a organizzazioni e attività criminose di stampo mafioso. Tali misure potranno anche essere adottate per garantire l'incolumità dei prossimi congiunti”*.

organica sui collaboratori di giustizia e la normativa vigente risultava insufficiente a regolare il fenomeno, considerando che la sua applicazione era lasciata alla discrezionalità del giudice, che molto spesso decideva senza tenere conto della necessità di un'adeguata protezione del collaboratore. Dei primi veri passi in avanti sulla tutela dei collaboratori di giustizia si ebbero con i decreti dei primi anni '90, senza che però si giungesse anche in questo caso alla definizione di una disciplina organica della materia; inizialmente fu emanato il d. l. n. 8 del 1991, poi convertito dalla l. n. 82 del 1991, che per la prima volta ha fissato la normativa sulla protezione dei collaboratori di giustizia, a cui ha fatto seguito la circostanza attenuante speciale di cui all'art.8 del d. l. n. 152 del 1991, che prevede una consistente diminuzione di pena per l'appartenente all'organizzazione mafiosa dissociato che abbia collaborato con la giustizia, a cui si aggiunge l'applicazione di una serie benefici di tipo penitenziario. Questa nuova disciplina aveva fatto sì che vi fosse una netta differenza tra chi non collaborava, nei cui confronti era assolutamente precluso l'accesso ai benefici penitenziari, e chi invece aveva collaborato, per cui si applicava un regime eccezionalmente privilegiato, qualificato come una sorta di sotto-sistema penitenziario⁸², fatto non semplicemente di concessione di lavoro all'esterno, permessi premio o semilibertà, quanto caratterizzato, per i soggetti sottoposti al programma di protezione, dalla possibilità di accedere immediatamente all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare; inoltre, l'art. 13-bis⁸³ stabiliva che *“per gravi e urgenti motivi di sicurezza, il procuratore generale della Repubblica presso la corte d'appello può autorizzare, su richiesta del Capo della Polizia, che ne informa il Ministro dell'interno, che le persone detenute per espiazione della pena o internate per l'esecuzione di una misura di sicurezza siano custoditi in luoghi diversi dagli istituti penitenziari, per il tempo strettamente necessario alla definizione dello speciale programma di protezione”*.

⁸² Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., cap. V *La soluzione penitenziaria*, § 2.1, p. 340.

⁸³ Articolo abrogato con la l. 45 del 13 febbraio 2001.

Tuttavia, ben presto si avvertì la necessità di modificare le norme che disciplinavano il fenomeno, anche tenendo in considerazione il numero crescente di soggetti ammessi al programma di protezione; per questo motivo il legislatore, nel 2001, intervenne con la legge 13 febbraio n. 45, recante “*modifiche della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*”.

La nuova disciplina si pone come obiettivo primario quello di garantire la sicurezza del collaboratore, la genuinità delle prove fornite dallo stesso, di separare il momento cd. tutorio da quello penitenziario e di distinguere i collaboratori dai testimoni di giustizia, cercando così di rispondere a quelle questioni abbastanza critiche che erano state sollevate negli anni precedenti in tema di gestione del collaboratore, per quanto riguarda le garanzie per il chiamato in correità, la tutela del pentito e il controllo sociale del collaborante, il tutto nell’ottica della creazione di un sistema più razionale della posizione assunta dal collaboratore di giustizia nella disciplina penale, sostanziale e processuale, e in quella penitenziaria.

La normativa è intervenuta sulla l. n. 82 del 1991, lasciando in pratica inalterata l’impostazione di base della disciplina e apportando delle modifiche sulla struttura, innanzitutto attraverso la separazione del momento cd. tutorio da quello penitenziario, per evitare che l’applicazione delle misure di protezione diventasse un mezzo per eludere la pena detentiva o per usufruire di misure alternative in deroga a quelli che sono i limiti fissati dalla legge. Per questa ragione la legge è intervenuta fissando, innanzitutto, i limiti di pena minimi che il collaborante dovrà scontare prima di poter accedere alle misure alternative alla detenzione, come subordinando l’accesso accelerato ai benefici penitenziari alla tempestiva redazione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione.

Per prima cosa, la disciplina contenuta nella nuova legge del 2001 stabilisce la possibilità di una sua applicazione esclusivamente al soggetto al quale sia stato attribuito lo *status* di collaboratore, che può conseguire solo ad un accertamento rigoroso riguardante la tempestività e la realtà delle dichiarazioni rilasciate⁸⁴; è stato

⁸⁴ Così l’art. 2, co. 3, per cui “*Ai fini dell’applicazione delle speciali misure di protezione, assumono rilievo la collaborazione o le dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale. La*

poi previsto un termine massimo, pari a centottanta giorni, entro cui il collaborante è tenuto a dichiarare tutto ciò di cui sia a conoscenza, anche la consistenza e identità del proprio patrimonio, che sarà oggetto di confisca, per poi raccogliere queste informazioni nell'apposito verbale cd. illustrativo della collaborazione. Un ultimo connotato innovativo della norma sta nell'introduzione della distinzione tra collaboratore di giustizia e testimone di giustizia⁸⁵; quest'ultimo infatti è definito dall'art. 16-bis della l. 82 del 1991 (a cui l'art. 12 della legge del 2001 ha introdotto il Capo II bis) come *“coloro che assumono rispetto al fatto o ai fatti delittuosi in ordine ai quali rendono le dichiarazioni esclusivamente la qualità di persona offesa dal reato, ovvero di persona informata sui fatti o di testimone, purché nei loro confronti non sia stata disposta una misura di prevenzione, ovvero non sia in corso un procedimento di applicazione della stessa”*, differenziandosi nettamente dal collaboratore di giustizia, che invece è un soggetto che si è reso responsabile di un reato commesso per agevolare l'attività dell'associazione mafiosa oppure dello stesso reato di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-bis, che risulti esposto *“a grave e attuale pericolo per effetto della sua collaborazione o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio”*⁸⁶.

Tenendo in considerazione queste significative novità della legge del 2001, è possibile trattare delle modifiche intervenute sulla precedente disciplina attraverso l'individuazione di tre aree tematiche: la disciplina della tutela del collaboratore e dei suoi familiari, quella della valutazione ed utilizzazione delle dichiarazioni

collaborazione e le dichiarazioni predette devono avere carattere di intrinseca attendibilità. Devono altresì avere carattere di novità di completezza o per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristico-eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni”.

⁸⁵ V. Consiglio di Stato sez. III, 13 marzo 2019, n.1678 (in Redazione Giuffrè 2019), per cui *“al fine di distinguere il testimone di giustizia dal collaboratore di giustizia, deve essere considerata la posizione di estraneità e di terzietà del primo rispetto alle vicende oggetto di propalazione e, pertanto, risulta necessaria una valutazione sulla effettiva estraneità del testimone al contesto criminale”*.

⁸⁶ Così art. 9, co. 1, d. l. n. 8 15 gennaio 1991.

rilasciate e quella sul trattamento *intra moenia* sia nella fase del rilascio delle dichiarazioni che nella fase di esecuzione della pena⁸⁷.

a) Per poter analizzare la disciplina sulla tutela del collaboratore e dei suoi familiari, bisogna partire dal presupposto che il legislatore abbia rivisitato la materia in termini sostanzialmente restrittivi, stabilendo un maggior rigore nell'applicazione dello *status* di collaborante, contrapponendosi alla disciplina previgente, dove invece molto spesso si era riconosciuta, in maniera quasi superficiale, la qualifica di collaboratore soggetti che poi si erano rivelati inaffidabili, in alcuni casi addirittura in costante contatto con l'organizzazione di appartenenza. Innanzitutto, si sono individuati con maggiore precisione i reati in relazione ai quali vengono rese le dichiarazioni collaborative, quali reati diretti all'eversione dell'ordine democratico, ovvero commessi con finalità di terrorismo, oppure quelli compresi nell'art. 51, co. 3-*bis* c. p.⁸⁸. Le nuove disposizioni stabiliscono anche le condizioni perché un soggetto resosi responsabile di quei reati possa accedere allo speciale programma di protezione, richiedendo che si vada a valutare attentamente la collaborazione effettuata in termini di novità delle dichiarazioni, decisività del contesto dichiarativo al fine di destabilizzare le organizzazioni criminali e di credibilità e attendibilità delle informazioni. Viene inoltre previsto, all'art. 4 della legge, una nuova modalità di accesso alle misure di protezione, per cui è necessario avanzare la proposta di ammissione alla Commissione Centrale dal Procuratore della Repubblica che procede per i reati in relazione ai quali il collaboratore abbia reso dichiarazioni; analogo potere è attribuito al Capo della Polizia, previo parere del Procuratore della Repubblica procedente; in questa maniera alla Commissione Centrale giungeranno tutte le informazioni che riguardano il collaboratore, in maniera tale che questo, dopo un'attenta analisi di quanto

⁸⁷ Cfr. F. MOLLACE, *La collaborazione con la giustizia quale fattore di accesso "agevolato" ai benefici penitenziari*, in AA. VV., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. ROMANO e G. TINEBRA, cap. IV, p.417 ss., Giuffrè Editore, 2013.

⁸⁸ È stato così eliminato il richiamo ai reati per i quali si prevede l'arresto obbligatorio in flagranza di cui all'art. 380 c. p. p.

ricevuto, decida se applicare allo stesso le misure tutorie o meno. In ogni caso, la Commissione ha la possibilità di procedere in via autonoma all'assunzione di informazioni, se necessarie per la deliberazione, come anche può adottare delle decisioni di segno opposto alle richieste effettuate. Per quanto riguarda quest'ultime, la legge del 2001 richiede che indichino precisamente le caratteristiche della collaborazione, soffermandosi sui requisiti di specificità, novità e attendibilità delle dichiarazioni effettuate in riferimento ai processi in cui verranno utilizzate; dovrà inoltre dimostrare la sussistenza del pericolo per l'incolumità del collaboratore e dei suoi familiari, all'esito di valutazioni concrete, che tengano conto della attualità e correlazione tra la collaborazione e il pericolo, anche riferendosi alla possibilità di una reazione da parte dell'associazione criminale di appartenenza, che verrà valutata tenendo conto della sua forza intimidatrice. Il proponente ha anche l'obbligo di individuare le misure di protezione che sono state provvisoriamente disposte per il collaborante, giustificando anche la loro inadeguatezza alla situazione considerata. A questo punto, la Commissione, effettuate tutte le valutazioni, adotta⁸⁹, a maggioranza dei componenti, la delibera che, nel caso di accoglimento della proposta, stabilisce il contenuto delle misure speciali di protezione o l'apposito programma⁹⁰; se poi è necessario fronteggiare una situazione di particolare gravità ed urgenza, con la conseguenza che non risulta possibile attendere la delibera della Commissione, nei confronti del collaboratore vengono adottate delle misure provvisorie, che possono essere attuate direttamente

⁸⁹ Secondo la giurisprudenza (Cassazione penale sez. I, 26 marzo 2019, n.18240, in *CED Cass. Pen.* 2019) “in materia di concessione dei benefici penitenziari in favore di collaboratori di giustizia, la previa acquisizione del parere del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo costituisce condizione di legittimità del procedimento avviato dalla domanda di concessione del beneficio, indipendentemente dal contenuto di accoglimento o di rigetto della decisione”.

⁹⁰ A tal riguardo, si richiama la sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 15 marzo 2019, n.1714), per cui “qualora sia adottato il provvedimento di ammissione al programma speciale di protezione per i collaboratori di giustizia e, nel provvedimento, non sia indicato altro specifico termine, entro un anno dalla data del provvedimento occorre procedere alle verifiche sulla modifica o sulla revoca dello stesso”.

dall'autorità provinciale di pubblica sicurezza ovvero dalla stessa Commissione Centrale. In questa maniera, si sono delineati quattro differenti livelli di tutela per il collaboratore: il primo livello è costituito dalle misure adottate dall'autorità provinciale di pubblica sicurezza (che hanno avuto un'applicazione molto limitata), il secondo livello riguarda la redazione del piano provvisorio di protezione, il terzo è costituito dalle speciali misure di protezione e l'ultimo dal programma speciale di protezione; così facendo, il legislatore ha creato un sistema di protezione modellabile alle esigenze concrete che si possono presentare in diversi momenti, reso ancora più vario dalle diverse misure concretamente adottabili, non predeterminate in maniera rigida. Per quanto riguarda le modalità di applicazione, le misure deliberate dalla Commissione Centrale verranno applicate dal Servizio centrale di protezione, garantendo la massima aderenza alle concrete esigenze di protezione del collaboratore o testimone di giustizia⁹¹. Si tratta in sostanza di una normativa che si mostra più restrittiva di quella precedente solo per il suo *range* applicativo, ma che per il resto garantisce l'opportunità di scegliere tra un ventaglio abbastanza ampio di misure di protezione, stante la possibilità di graduare le misure di protezione in base alle concrete esigenze dell'interessato.

b) Poiché alla base della collaborazione vi è sempre il rilascio di dichiarazioni che verranno poi utilizzate per il processo, si è posto il problema della definizione della disciplina della valutazione e utilizzazione dell'apporto dichiarativo del collaboratore di giustizia, dal momento che le informazioni rilasciate da quest'ultimo si configureranno come confessione e/o chiamata in correità. Considerando che il collaboratore è tenuto a dichiarare la verità e di apportare, con le informazioni fornite, degli elementi di novità a quelli già in possesso dell'autorità giudiziaria, il legislatore del 2001 ha dovuto affrontare la questione della possibilità di utilizzare queste

⁹¹ Secondo il Consiglio di Stato (sez. III, 15 marzo 2016, n. 1037, in Redazione Giuffrè amministrativo, 2016) “la scelta delle modalità idonee ad assicurare la protezione di un ex appartenente alla criminalità organizzata e successivamente divenuto collaboratore di giustizia, non è sindacabile se non in presenza di macroscopiche illogicità o travisamenti”.

dichiarazioni, tenendo in considerazione che si tratta di elementi che si formano al di fuori del processo, che, per la legge in commento, potrebbero essere utilizzati dal giudice nel procedimento di valutazione della vicenda che riguarda il collaboratore. La questione della loro utilizzazione in dibattimento è strettamente legata alla redazione del verbale illustrativo della collaborazione; quest'ultimo si configurerebbe come un atto dalla duplice natura: amministrativa, in quanto atto che dà avvio al procedimento che determinerà la delibera di ammissione al programma di protezione, e penale, come atto processuale, redatto dall'autorità giudiziaria. Tenendo conto del fatto che è dalla redazione del verbale illustrativo che decorrono i centottanta giorni entro cui il collaboratore dovrà rilasciare le dichiarazioni necessarie, si pone la questione del termine entro cui redigere tale verbale; a tal proposito, poiché l'obbligo di redazione sorge quando il collaboratore manifesta la sua volontà, consapevole ed effettiva, di collaborare, si deve ritenere che sia necessario procedere alla sua redazione nel momento in cui la volontà di collaborare risulti essere stata espressa in maniera decisa ed univoca e, entro centottanta giorni da questo momento, il collaboratore dovrà dichiarare tutto quello di cui sia a conoscenza. È inoltre importante sottolineare come l'inosservanza delle modalità di redazione del verbale determineranno l'inutilizzabilità del suo contenuto; si tratterebbe di una inutilizzabilità relativa, poiché l'atto non sarà utilizzabile contro chi ha reso le dichiarazioni contenute all'interno del verbale, ma sarà utilizzabile nei confronti dei chiamati in correità. Altra questione da affrontare riguarda l'utilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate oltre il termine di centottanta giorni. A tal proposito, è necessario fare riferimento all'art. 13, co. 14, per cui i casi di inutilizzabilità delle dichiarazioni contenute nel verbale è circoscritta al dibattimento, e all'art. 16- *quater*, co.9, per cui “le

dichiarazioni di cui ai commi 1⁹² e 4⁹³ rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria oltre il termine previsto dallo stesso comma 1 non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante”; secondo la giurisprudenza, si tratterebbe di una inutilizzabilità che opera limitatamente alla fase del dibattimento, rendendo per il resto le informazioni rese e contenute nel verbale utilizzabili nelle indagini preliminari ai fini delle misure cautelari, nell’udienza preliminare e nel giudizio abbreviato. Altra questione particolarmente problematica legata all’utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia riguarda la chiamata in correità. Dal punto di vista sistematico, la sede primaria in cui si collocano questo tipo di dichiarazioni è il processo, motivo per cui si ritiene che tutte quelle che sono state rese in contesti diversi saranno soggette alla regola di valutazione di cui all’art. 192, co. 3, c. p. p.⁹⁴. Ai fini dell’applicazione delle misure di protezione, è necessario guardare alla collaborazione o dichiarazione resa nel corso del procedimento, che deve essere apprezzata nella sua attendibilità intrinseca, novità o completezza, da valutare tenendo conto delle tradizionali regole di valutazione della prova; inoltre, le informazioni rilasciate possono avere fonte reale ovvero personale, nel qual caso sarà

⁹² Cioè “notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato nonché degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente”.

⁹³ Per cui “nel verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione, la persona che rende le dichiarazioni attesta, fra l’altro, di non essere in possesso di notizie e informazioni processualmente utilizzabili su altri fatti o situazioni, anche non connessi o collegati a quelli riferiti, di particolare gravità o comunque tali da evidenziare la pericolosità sociale di singoli soggetti o di gruppi criminali”.

⁹⁴ Ai sensi del quale “le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità”.

necessario procedere ad un giudizio di attendibilità e di credibilità, fatto che implica un apprezzamento che sia frutto di una valutazione degli elementi circa il contenuto delle dichiarazioni e gli elementi soggettivi, riguardanti il dichiarante; tale apprezzamento procede attraverso due distinti momenti, dove il primo è volto a verificare in maniera intrinseca la sussistenza degli elementi di riscontro, attraverso l'analisi del contenuto delle dichiarazioni, il secondo verifica in maniera estrinseca l'esistenza di elementi esterni di riscontro, che risultino idonei a mostrare la credibilità del dichiarante. In ogni caso, la verifica sull'attendibilità e credibilità viene effettuata dal giudice attraverso un giudizio *ex post*, poiché si elaborano dei dati che sono stati acquisiti all'interno del processo, il che comporta che la credibilità non debba essere valutata come potenziale, ma deve essere concreta ed attuale per ritenersi sussistente.

c) In riferimento al trattamento *intra moenia* dei collaboratori di giustizia, è necessario distinguere a seconda che si faccia riferimento alla fase di rilascio delle dichiarazioni o alla fase successiva di espiazione della pena; in riferimento alla prima situazione, è possibile notare come già nella disciplina previgente al 2001, si cercava di impedire il contatto tra il dichiarante ed altre persone che avevano collaborato con la giustizia, per evitare che venisse compromessa la bontà di quanto rilasciato. Questa visione è stata ripresa e accentuata dalla legge del 2001, dove addirittura si è prevista l'impossibilità per il dichiarante di essere sottoposto a colloqui investigativi, almeno fino alla redazione del verbale illustrativo, come anche il divieto, per lo stesso periodo, di intrattenere la corrispondenza o di incontrare altre persone che collaborino con la giustizia, salvo intervenga l'autorizzazione delle autorità competenti, che l'abbiano disposta per motivi legati all'esigenze di protezione del dichiarante o ricorrano gravi esigenze della vita familiare. In riferimento alla fase di espiazione della pena, la legislazione ha attribuito al collaboratore dei benefici sia nel corso del processo che dopo la condanna; nella prima situazione, l'unico beneficio processuale che sia stato riconosciuto è costituito dalla circostanza attenuante di cui all'art. 8 della l. n. 203 del 1991, invece, nell'ambito

dell'esecuzione della pena, è possibile per tali soggetti, nonostante siano stati condannati per uno dei delitti previsti nell'art. 4-bis, co. 1 ord. pen.⁹⁵, di accedere a degli speciali trattamenti, nel caso in cui pongano in essere la condotta prevista all'art. 58-ter, co. 1, ord. pen., ai sensi del quale *“i limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'art. 21 (condizioni per accedere al lavoro all'esterno), del comma 4 dell'art. 30-ter (soggetti nei cui confronti è ammessa la concessione di permessi premio) e del comma 2 art. 50 (ammissione alla semilibertà per alcune categorie di condannati), concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis (precisamente, reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, mediante il compimento di atti di violenza, o delitti di peculato, concussione, corruzione⁹⁶, o delitti di cui agli artt. 416 e 416-bis c. p. ; reati in materia di sfruttamento della prostituzione, rapina, estorsione e in materia di traffico di sostanze stupefacenti, se vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata terroristica od eversiva; reati sessuali), non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o*

⁹⁵ Tale norma individua i cd. reati ostativi, cioè elenca una serie di reati che, per le loro caratteristiche di pericolosità, non consentono la concessione dei benefici penitenziari; in particolare, il co. 1 della norma si riferisce ad una categoria ampia di reati, che spazia dall'associazione di tipo mafioso ai reati sessuali, passando, con la modifica intervenuta con la l. n. 3 del 2019, ai reati contro la PA, per cui la concessione del beneficio è subordinata alla collaborazione con la giustizia di cui all'art. 58-ter ord. pen.

⁹⁶ Questi ultimi reati sono stati introdotti con la l. n. 3 del 2019, che ha anche introdotto un'ulteriore modalità di accesso ai benefici penitenziari, diversa e alternativa dalla collaborazione prevista dall'art. 58-ter ord. pen., quale quella prevista dall'art. 323-bis, c. p. che, al co. 2, prevede la circostanza attenuante speciale della collaborazione processuale, stabilendo una diminuzione di pena, che va da un terzo a due terzi, per i soggetti che abbiano commesso uno dei reati di corruzione elencati e si siano efficacemente adoperati perché l'attività delittuosa non venga portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e l'individuazione degli altri responsabili o per il sequestro delle somme o delle utilità trasferite (v. cap. II, § 2.4.).

l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".⁹⁷ La norma penitenziaria premiale si caratterizza per riprendere alcune formule dalle corrispondenti disposizioni del diritto penale sostanziale, mostrando però un ambito applicativo sicuramente maggiore, come dimostrato dal fatto che i benefici vengono riconosciuti a chi, dopo la condanna, si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori *ovvero* abbia concretamente aiutato l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per ricostruire il fatto e individuare e catturare gli autori dei reati⁹⁸; in questo modo, si vuole estendere l'operatività del beneficio nell'ambito penitenziario anche a tutti coloro che abbiano fornito delle informazioni rilevanti anche per reati alla cui commissione i dichiaranti non abbiano partecipato, dimostrando la volontà legislativa di incentivare ogni forma di collaborazione⁹⁹, non solo in riferimento ai reati per i quali siano

⁹⁷ La giurisprudenza (Cass. Pen., sez. I, 22 maggio 2018, n. 43256, in *CED Cass. Pen.*, 2019) ritiene che "ai fini della concessione dei benefici penitenziari in favore dei collaboratori di giustizia, il requisito del "ravvedimento" previsto dall'art. 16-*nonies*, co. 3, d. l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito in l. 15 marzo 1991, n. 82, non può essere oggetto di una sorta di presunzione, formulabile sulla sola base dell'avvenuta collaborazione e dell'assenza di persistenti collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, ma richiede la presenza di ulteriori e specifici elementi, di qualsivoglia natura, che valgano a dimostrare in positivo, sia pure in termini di mera, ragionevole probabilità, l'effettiva sussistenza"; nello stesso senso Cass. Pen., sez. I, 27 ottobre 2009, n. 1115, in *CED Cass. Pen.*, 2010.

⁹⁸ La Corte europea diritti dell'uomo (sez. I, 13 giugno 2019, n.77633, in *Guida al diritto*, 2019, fascicolo 30, p. 92) afferma che "In relazione alla scelta di collaborare con la giustizia, la Corte dubita [...] dell'opportunità di stabilire un'equivalenza fra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato. La scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a rischio la propria vita e quella dei prossimi congiunti. Viceversa, se la collaborazione ha finalità puramente opportunistiche di accesso ai benefici penitenziari, questa non rifletterebbe una dissociazione effettiva dal sodalizio criminoso".

⁹⁹ Si ricordano a proposito la sent. N. 357 del 1994 e n. 68 del 1995 della Corte costituzionale, e la successiva l. n. 279 del 2002, dove si è cercato di ricalibrare il rigore della disposizione, riconoscendo la possibilità di accesso ai benefici penitenziari anche per i soggetti che abbiano prestato la cd. collaborazione impossibile, il che avviene quando a) i fatti sono stati integralmente

stati condannati e stiano espiando la pena¹⁰⁰. In questa maniera, si attribuisce alla collaborazione avvenuta anche nel corso dell'espiazione della pena una funzione non solo repressiva e preventiva, ma permette di porsi come sintomo della risocializzazione in corso del reo condannato, con la conseguenza che maggiore sarà la disponibilità che il soggetto dà nel collaborare, maggiore sarà la probabilità che il percorso di rieducazione venga valutato positivamente. In ogni caso la giurisprudenza ha più volte rimarcato come la possibilità di ammettere questi soggetti ai benefici penitenziari non costituisca un automatismo della condotta di collaborazione prestata, in quanto sarà sempre necessario tenere conto di elementi ulteriori e diversi, quali il comportamento tenuto dal soggetto durante la fruizione di quegli stessi benefici o in generale quanto emerge dall'osservazione penitenziaria.¹⁰¹

accertati (ad esempio, grazie alla collaborazione fornita da altri soggetti) e b) quando il condannato abbia svolto un ruolo marginale nella vicenda criminosa, tale da non permettergli di rilasciare informazioni rilevanti ai fini della collaborazione effettiva. Nella seconda sentenza sopra citata, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen nella parte in cui non prevede che i condannati per i delitti in esso indicati "possano essere ammessi alla liberazione condizionale anche nel caso in cui *l'integrale accertamento dei fatti e della responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile l'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata*". Sul punto si è pronunciata la Corte di Cassazione (sent. 2 ottobre 2018, n.50485, sez. I, in *Ilpenalista.it*, 16 aprile 2019) che ha accolto il ricorso del Procuratore Generale avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza, che aveva ritenuto sussistenti le condizioni per riconoscere, in capo al condannato, lo status di collaboratore impossibile, ma non aveva verificato se lo stesso, per le conoscenze che aveva, avrebbe potuto fornire un contributo utile all'accertamento del fatto o individuazione degli altri concorrenti; la Corte ha, infatti, stabilito che per ritenere sussistenti gli estremi della collaborazione impossibile, è necessario che sussista l'incolpevole incapacità del soggetto di fornire elementi utili, sia nel corso delle indagini che del processo.

¹⁰⁰ Diversamente, nelle disposizioni premiali del diritto penale sostanziali, il legislatore ha voluto circoscrivere l'operare dei benefici alla collaborazione riguardante il reato che lo stesso dichiarante ha commesso, ovvero ai comportamenti offensivi ulteriori che dallo stesso derivino.

¹⁰¹ Così Sez. Sorveglianza, Milano, 26 novembre 2007, in *Foro Ambrosiano*, 2007, fascicolo 4, p. 488.

CAPITOLO II

I PRECEDENTI LEGISLATIVI E PROGETTUALI DELLA PREMIALITA' IN TEMA DI REATI DI CORRUZIONE

2.1. I delitti di corruzione nel Codice penale.

I delitti di corruzione, disciplinati all'interno del Capo I, Titolo II, del Codice penale, agli artt. 318 ss., formano una specie di "microsistema", che è stato oggetto di varie modifiche da parte del legislatore, soprattutto nell'ultimo decennio, in risposta alla crescente preoccupazione di arginare un fenomeno criminoso che si riteneva sempre più penetrante nella società, con conseguenti effetti dannosi non solo per il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, cioè i beni giuridici tutelati dalle fattispecie codicistiche, ma anche per l'economia, a livello nazionale ed internazionale. La corruzione, infatti, si configura come una manifestazione patologica del rapporto tra il cittadino e la P. A. in occasione della fruizione di servizi o nell'esercizio di attività economiche, ed essendo facilmente occultabile, fa sì che, nei casi di sua sistematicità, possa addirittura distorcere la concorrenza nel mercato ed ostacolare le condizioni per un concreto sviluppo delle democrazie. Proprio questo inquadramento del fenomeno come sospeso a metà strada tra la criminalità contro la P. A. e la criminalità contro l'economia ha fatto sì che si creassero, a livello internazionale, dei rimedi normativi volti a contrastarlo; ad esempio, l'Unione Europea ha adottato una serie di convenzioni, tra cui la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, insieme al Protocollo I del 1996, a cui poi è seguita la Convenzione dell'OCSE sulla corruzione dei pubblici agenti stranieri nelle operazioni economiche internazionali, del 1997, a cui si aggiungono la Convenzione penale sulla corruzione, elaborata dal Consiglio d'Europa nel 1999 e la Convenzione ONU contro la corruzione, firmata a Merida nel 2003; punto in comune di tutti questi atti sovranazionali è individuato nella necessità di fronteggiare la corruzione, in quanto ritenuta fortemente collegata alla criminalità economica, e, come tale, configurata come una minaccia allo

sviluppo sostenibile, alla società e all'economia, risultando pregiudizievole per lo stesso stato di diritto e per la concorrenza nel mercato.

Per quanto riguarda la disciplina nazionale della corruzione, bisogna partire dalla considerazione che le più importanti riforme in materia sono state effettuate solo negli ultimi dieci anni; tra queste, emerge per importanza la l. n. 190 del novembre 2012, che ha introdotto una nuova tendenza nella lotta alla corruzione, basata non più soltanto sulla repressione del reato, attraverso l'inasprimento delle pene, ma anche sulla prevenzione, attraverso un rafforzamento degli strumenti organizzativi delle P. A., per garantire una maggiore trasparenza nello svolgimento dell'attività, grazie anche alla predisposizione di una serie di controlli. La riforma del 2012 ha avuto quindi un impatto notevole nella lotta alla corruzione, che può essere compreso anche semplicemente ricordando come l'ultima riforma che abbia inciso sulla struttura originaria delle fattispecie di corruzione sia stata la l. n. 86 del 1990, che è stata importante per l'introduzione di nuovi delitti, come la corruzione in atti giudiziari, di cui all'art. 319-ter c. p., o l'istigazione alla corruzione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio nei confronti del privato, di cui ai co. 3 e 4 dell'art. 322 c. p., ma che, per il resto, ha solo modificato l'impianto sanzionatorio, lasciando invece inalterata la struttura originaria dei delitti, basata sulla previsione della corruzione per atto d'ufficio, cd. corruzione impropria (art. 318 c. p.) e della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, cd. corruzione propria (art. 319 c. p.), divenute poi, a seguito della riforma del 2012, la corruzione per l'esercizio della funzione, qualificata come forma speciale della corruzione base, quella per atto contrario ai doveri d'ufficio, che invece viene modificata per comprendere sia la forma antecedente che quella susseguente di corruzione.

Ma anche dopo il 2012, il legislatore ha continuato ad intervenire sul minisistema codicistico della corruzione, soprattutto in termini di inasprimento delle pene, prima con la l. n. 69 del 2015, poi con la l. n. 3 del 2019, la cd. legge "spazza corrotti", interventi che mostrano come il legislatore, nel corso degli anni, abbia voluto contrastare con dei rimedi sempre più estremi questi delitti, addirittura spingendosi fino al punto di prevedere l'applicazione di benefici premiali, quali la circostanza attenuante della collaborazione di cui all'art. 323-bis e la causa di non

punibilità di cui all'art. 323-ter c. p., pur di garantire la massima tutela possibile contro un fenomeno che viene avvertito come un male da estirpare, da combattere a tutti i costi.

Passando all'analisi delle fattispecie, è interessante notare come queste, in quanto parti di un "microsistema" codicistico, presentino delle caratteristiche comuni, a partire dal bene giuridico tutelato; questo viene infatti identificato con il buon andamento e l'imparzialità della P. A., nel senso che, configurandosi il reato nella dazione o promessa di denaro o altra utilità per l'esercizio della funzione o del servizio, sia esso conforme o meno ai doveri d'ufficio, si è voluto sottolineare la necessità che l'esercizio della funzione o del servizio rimanga estraneo a dei vantaggi provenienti dall'esterno, in maniera tale da garantire un corretto esercizio, improntato al soddisfacimento del migliore interesse pubblico, che può essere raggiunto solo vietando accordi che prevedano uno scambio tra il denaro o altra utilità e l'attività, conforme o contraria, che si deve compiere o che è già stata compiuta. Inoltre, tutti i reati di corruzione si configurano, dal punto di vista strutturale, come reati unitari, in cui si richiede la necessaria compresenza di due soggetti, corrotto e corruttore, che pongono in essere due condotte, il "dare" e il "ricevere", strettamente connesse tra di loro ed entrambe necessarie perché si configuri il reato; così, tutte le fattispecie di corruzione si qualificano come reati a concorso necessario, identificate come reato- accordo a struttura bilaterale.

Altra caratteristica comune di questi delitti è individuata nella consumazione; poiché il disvalore dei fatti di corruzione risiede sempre nel *pactum sceleris*, cioè nello scambio di consensi tra le parti, dietro indebito compenso, la consumazione del reato viene individuata nel raggiungimento dell'accordo, cioè nel momento in cui il denaro o l'altra utilità viene ricevuto o la promessa di una sua successiva dazione viene semplicemente accettata; in riferimento a quest'ultima situazione, parte della dottrina riteneva che, tenendo in considerazione che le condotte penalmente rilevanti nella corruzione consistono da una parte nel dare o promettere, e dall'altra nel ricevere o accettare la promessa, in questi casi la consumazione sarebbe coincisa non con l'avvenuta accettazione della promessa, bensì nel momento in cui il soggetto avesse ottenuto ciò che era stato promesso; a tal riguardo, la giurisprudenza riteneva che si potesse individuare il momento

consumativo della corruzione attraverso il ricorso ad un duplice schema, per cui secondo lo schema principale, il reato si sarebbe consumato quando fosse stata ricevuta la dazione precedentemente promessa, mentre, secondo lo schema sussidiario, nel caso di promessa non mantenuta, il momento consumativo sarebbe stato individuato nella precedente accettazione della stessa; tuttavia, per la dottrina prevalente¹⁰², ai fini della consumazione non è necessario che si compia quanto è stato oggetto dell'accordo tra le parti, perché, in ogni caso, il successivo adempimento della promessa non va in alcun modo ad offendere ulteriormente il bene giuridico, che risulta già leso nel momento in cui si effettua lo scambio di consensi tra corrotto e corruttore, con la conseguenza che l'eventuale adempimento si considera *post factum* non punibile, che verrà valutato come comportamento susseguente al reato ai sensi dell'art. 133 c. p.

Ulteriore tratto in comune è l'unicità dei reati di corruzione; qualificandosi come reato a struttura bilaterale, che si basa sull'accordo intercorrente tra i due soggetti, il reato si ritiene unico quando interviene un'unica pattuizione, anche se l'accordo si riferisce a più atti, mentre si ritiene plurimo, se intervengono più pattuizioni, anche legate ad un solo atto.

Altra caratteristica comune riguarda il tentativo di corruzione; considerando che l'art. 322 c. p. disciplina la fattispecie di istigazione alla corruzione, punendo i tentativi unilaterali di corruzione, attiva e passiva, sia antecedente che susseguente, si è posto il problema della possibilità di punire, con la stessa norma, anche i tentativi bilaterali di corruzione, identificati nell'istaurazione di una trattativa tra corrotto e corruttore non conclusasi; poiché però l'art. 322 prevede espressamente la punibilità del solo istigatore, poiché l'altro soggetto non deve aver accettato la proposta *tout court*, si ritiene che, in caso di trattativa instaurata ma poi fallita, entrambi i soggetti possano risponderne per tentativo di corruzione di cui all'art. 56 c. p., poiché entrambi hanno posto in essere atti idonei diretti in maniera non equivoca al raggiungimento dell'accordo corruttivo.

¹⁰² Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, 4° ed., Giuffrè Editore, Milano, 2019.

Dal punto di vista criminologico, la corruzione in Italia si presenta come un fenomeno collettivo, che coinvolge diversi soggetti dell'amministrazione pubblica, che operano attraverso una serie di scambi occulti, programmati, al punto tale da configurarla come sistemica; è un fenomeno che, per le modalità di realizzazione dei reati e per il fatto di essere oggetto di facile occultamento, è stato assimilato alla criminalità organizzata; la corruzione, infatti, nel corso degli anni si è evoluta, passando dalla realizzazione di scambi elementari, che hanno ad oggetto un atto determinato o determinabile, tendenzialmente tra una cerchia limitata di soggetti, che operano secondo la logica mercantile, alla creazione di forme più elaborate, in cui la corruzione diviene la modalità principale per concludere gli affari, e questa sua sistematicità fa sì che necessariamente siano interessati dal fenomeno una pluralità di soggetti, che risultino stabilmente protetti dallo stesso circuito in cui operano. Questo significa che la corruzione riesce ad evolversi nel tempo in forme di organizzazione del malaffare sempre più complesse, tanto da richiamare in alcuni tratti le stesse organizzazioni criminali che operano nell'economia; ma in alcune situazioni, vi è addirittura una coincidenza tra la criminalità organizzata e i fenomeni corruttivi, il che si verifica in quei territori in cui il crimine organizzato ha un ampio potere, così radicato da andare a gestire anche il sistema delle tangenti; questa realtà è stata svelata anche dalle Commissioni parlamentari di inchiesta sulla mafia, che hanno mostrato come, già dai primi anni della Repubblica, la criminalità organizzata abbia utilizzato la corruzione politico- amministrativa come modalità per ottenere illeciti finanziamenti, sotto forma di appalti, finanziamento di imprese o concessioni edilizie; questa situazione giustifica anche l'elevato numero oscuro dei reati di corruzione, la cui scoperta è resa ancora più problematica quando il reato avviene in questo tipo di circuito criminale, dove l'omertà e l'intimidazione contribuiscono all'occultamento; questi diversi fattori dimostrano la stretta connessione esistente tra la criminalità organizzata e la corruzione, delitti sostanzialmente diversi, che però sono accomunati dalle modalità di realizzazione degli illeciti e dalle conseguenze dannose che provocano non solo ai beni giuridici tutelati dalle singole disposizioni, ma anche a beni ulteriori quali l'economia pubblica e il mercato. Ovviamente tutto ciò rende molto difficile la scoperta della commissione di fatti di corruzione, a maggior ragione se si tiene conto della scarsa

propensione delle vittime a denunciare, accentuata anche dal timore di incorrere nella sanzione penale qualora il fatto si configuri come induzione indebita a dare o promettere utilità¹⁰³. Per questo motivo, il legislatore, stante la sempre crescente necessità di reprimere in maniera efficace il reato, ha affiancato ai meccanismi repressivi, affidati tipicamente alla previsione di pene con limiti edittali abbastanza significativi, dei meccanismi di prevenzione e repressione su base premiale, ritenendo che l'applicazione di un corrispettivo per il contributo prestato sia un ottimo modo per facilitare l'accertamento del reato, soprattutto perché si garantisce in questa maniera una rottura del *pactum scleris*, dato che la possibile applicazione di questi benefici fa sì che si crei tra corrotto e corruttore una sensazione di sfiducia reciproca, tale da favorire poi la denuncia da parte di uno dei due.

Anche nella lotta contro la corruzione, quindi, si ripropone quel modello che era stato adottato per contrastare efficacemente il terrorismo eversivo e la criminalità organizzata, combattuti non solo attraverso la predisposizione di pene severe, ma anche attraverso la previsione di benefici premiali, sotto forma di circostanze attenuanti o cause di non punibilità, correlati alla applicazione di condotte contrarie all'offesa arrecata oppure a scelte di collaborazione processuale.

2.2. Corruzione e normativa premiale. I precedenti progettuali sul tema.

2.2.1. La proposta di legge Azzaro ed altri: il d. d. l. del 31 maggio 1984, n. 1780.

L'idea dell'introduzione di una sorta di normativa premiale per garantire una migliore azione repressiva dei delitti di corruzione non era nuova, quando, nel 2015, con la l. n. 69, venne introdotto l'art 323-bis c. p., che, al co. 2, prevede l'applicazione della circostanza attenuante speciale, che diminuisce la pena da un

¹⁰³ Tale reato, disciplinato dall'art. 319-*quater* c. p., introdotto con la riforma del 2012, prevede che “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o promettere, indebitamente, a lui o a un terzo denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi*”, stabilendo al co. 2, per il soggetto che ha dato o promesso denaro o altra utilità, l'applicazione della pena della reclusione fino a tre anni.

terzo a due terzi, nel caso di collaborazione di un soggetto che si sia reso responsabile di uno dei reati costituenti il microsistema codicistico della corruzione. Infatti, già nei primi anni '80, nella stagione del terrorismo eversivo e della legislazione dell'emergenza, anche di tipo premiale, si era avvertita la necessità di estendere la previsione di un beneficio, in caso di collaborazione, anche al settore dei delitti contro la Pubblica Amministrazione.

Fu così che il 31 maggio del 1984, i deputati Azzaro, Rognoni, Spagnoli ed altri presentarono alla Camera la proposta di legge n. 1780, con l'intento di modificare la disciplina dei reati di corruzione e concussione allora contenuta nel Codice penale. La ragione dell'interesse del gruppo di parlamentari per la disciplina allora vigente dei delitti di corruzione è tutta da ricercare nella consapevolezza della difficoltà di applicazione di una risposta sanzionatoria adeguata da parte dell'ordinamento ad un fenomeno, quale quello corruttivo, che notoriamente si caratterizza per la sua facilità di occultamento, determinata dal comune destino a cui vanno incontro entrambi i soggetti che partecipano al *pactum sceleris*, fattore che va a rafforzare la volontà di mantenere segreto l'accordo, con la conseguenza che si facilitano ulteriori scambi illeciti. Per questo motivo, la proposta si poneva l'obiettivo di rompere il patto di solidarietà tra corrotto e corruttore, inducendo quest'ultimo a denunciare l'accordo per garantirsi, come "premio", la non punibilità del fatto commesso.

Lo spunto nella previsione di un premio per disincentivare l'occultamento e la prosecuzione del patto corruttivo derivava dall'esperienza di altri Paesi europei, come la Bulgaria, in cui si prevede la non punibilità per il corruttore nel caso di ricatto da parte del corrotto o di immediata e volontaria denuncia del fatto, o la Jugoslavia, dove si prevedeva, nel caso di corruzione propria, la possibilità di applicare al corruttore "l'ammonizione giudiziale", consistente in una sorta di circostanza attenuante della pena base, se ha spontaneamente effettuato la denuncia del fatto di reato dopo averlo compiuto, come anche la Polonia, la cui legge, in riferimento a tutti i casi di corruzione, prevede la possibilità di applicare una diminuzione di pena per il corrotto o il corruttore, ovvero la non punibilità del fatto, se lo portano a conoscenza dell'autorità competente prima che questa ne sia venuta a conoscenza a seguito dell'attività d'indagine. Per quanto riguarda l'esperienza

italiana, nella proposta si mostrava come già negli anni precedenti fosse stata tentata la via della non punibilità per il denunciante il fatto di corruzione; si richiamava come esempio il disegno di legge governativo di modifica della parte speciale del Codice penale, che fu presentato nel febbraio del 1968 alla Camera, dove si escludeva la punibilità per il corruttore nel caso in cui avesse denunciato il fatto nel termine di tre mesi dalla commissione dell'atto d'ufficio, come anche le varie proposte di legge presentate tra il 1980 e il 1983, tutte richiedenti l'introduzione di una causa di non punibilità per il corruttore, nel caso in cui l'iniziativa fosse stata intrapresa da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, in riferimento ad un atto dovuto, che avesse tempestivamente, ovvero nel termine di un anno, denunciato l'accordo all'autorità giudiziaria, a cui si aggiunge l'inedita proposta di legge¹⁰⁴ che voleva evitare la punibilità del soggetto che offre o promette ad un pubblico ufficiale, per lui o un terzo, denaro o altra utilità, come retribuzione non dovuta per il compimento di un atto d'ufficio, nel caso in cui il pubblico ufficiale fosse solito farsi promettere od ottenere l'indebita retribuzione, anche se il fatto non poteva configurarsi come concussione a norma dell'art. 317 c. p. Inoltre, la necessità di una modifica della disciplina della corruzione, sul versante della punibilità, era talmente sentita, che addirittura la Commissione parlamentare antimafia aveva segnalato l'opportunità di esaminare una serie di accorgimenti che erano stati formulati in un promemoria da alcuni magistrati di Palermo, in cui si esponeva la possibilità di prevedere una totale impunità per il corruttore che avesse reso confessione, in qualsiasi momento, garantendo la fornitura di prove necessarie alla condanna del funzionario pubblico corrotto; ma anche la dottrina non era rimasta esclusa dal dibattito, affermando come la mancata punibilità del privato corruttore fosse un ottimo modo per garantire una repressione più facile del fenomeno corruttivo.

Per quanto riguarda i contenuti del progetto di legge, questi sono stati formulati tenendo in considerazione l'obiettivo finale della rottura della solidarietà criminosa, che si pone come base del reato di corruzione. Per prima cosa, si distingueva a seconda che si trattasse di corruzione impropria o propria; nel primo

¹⁰⁴ Proposta di legge Mellini ed altri, 19 novembre 1980, C. n. 2124.

caso, il d. d. l. prevedeva la non punibilità esclusivamente per il privato corruttore, mentre nella corruzione propria si ribadiva la punibilità di entrambi i soggetti, dal momento che, in queste situazioni, il privato corruttore si comporta in una maniera riprovevole tanto quanto il pubblico funzionario corrotto, con la conseguenza che, pur di ottenere effettivamente l'indebito vantaggio, nessuno dei due soggetti avrebbe un interesse a denunciare l'accordo stipulato; tuttavia, si è pensato che in tali situazioni la previsione della non punibilità per il privato corruttore, che denunciasse il fatto spontaneamente, entro un anno dalla consumazione del reato, sarebbe potuta funzionare come deterrente per il pubblico funzionario, che, temendo una successiva denuncia, avrebbe evitato di farsi corrompere; perciò, la proposta stabiliva, all'art. 3, la sostituzione del previgente art. 319 con la causa di non punibilità per il corruttore, secondo cui *“non è punibile il corruttore che denuncia spontaneamente il fatto prima che sia decorso un anno dalla consumazione del reato¹⁰⁵, e comunque prima che venga esercitata l'azione penale nei suoi confronti, ovvero prima che il fatto venga esposto in una denuncia o in un rapporto di polizia giudiziaria. In tal caso il corruttore ha diritto a ripetere quanto da lui versato”*. Invece, per quanto riguarda il funzionario corrotto, si propose applicazione dell'istituto del perdono giudiziale (disciplinato dall'art. 169 c. p. ma destinato ad operare esclusivamente nei confronti di minori) basandosi sulla circostanza che era stato presentato un disegno di legge governativo nel febbraio del 1973, dove si proponeva di estendere tale istituto anche agli adulti, limitandone però l'esercizio alla sola fase del dibattimento; su questo presupposto, il d. d. l. Azzaro ha previsto, all'art. 4, la sostituzione del previgente art. 320 con il perdono giudiziale del funzionario corrotto, affermando che *“quando il giudice, avuto riguardo delle circostanze indicate all'art. 133 del Codice penale, presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati, può concedere per una sola volta, per i reati previsti dall'art. 318 (che, nella proposta, racchiude entrambe le ipotesi di corruzione, propria e impropria, antecedente e susseguente), il perdono giudiziale al pubblico ufficiale o alla persona incaricata di un pubblico servizio che spontaneamente denuncia il fatto prima che sia trascorso un anno dalla*

¹⁰⁵ La quale viene fatta coincidere con la consegna del denaro o di altra utilità

consumazione del reato e comunque prima che venga esercitata l'azione penale nei suoi confronti, ovvero prima che il fatto venga esposto in una denuncia o in un rapporto di polizia giudiziaria". Con queste disposizioni, la proposta mostrava la volontà di tenere distinte le posizioni del corrotto e del corruttore, dal momento che l'applicazione della causa di non punibilità al corruttore doveva operare obbligatoriamente, ogni qual volta ricorressero le condizioni stabilite dalla norma, mentre la concessione del perdono giudiziale al corrotto era, in ogni caso, subordinata alla valutazione discrezionale del giudice, in riferimento alla sussistenza delle condizioni necessarie per la sua applicazione.

Analogamente, sempre in un'ottica di semplificazione del sistema di repressione della corruzione, la proposta di legge prevedeva l'eliminazione della fattispecie di concussione per induzione, in quanto molto vicina alla corruzione e difficilmente distinguibile dalla stessa; così fu prevista un'unica norma, l'art. 318, in cui far rifluire tutte le fattispecie di corruzione, nonché la concussione per induzione, e limitare il reato di concussione alla condotta costringitiva del pubblico funzionario, che avesse abusato delle sue funzioni; in questa maniera, la proposta avrebbe garantito non solo una semplificazione del sistema normativo, ma avrebbe così favorito la repressione dei fatti di corruzione, come anche garantito l'applicazione di un efficace sistema di prevenzione. È anche per questa ragione che l'ultimo articolo del d. d. l. prevedeva l'introduzione di un'eccezione alla regola della retroattività della legge penale più favorevole al reo, di cui all'art. 2 c. p., in cui si disponeva l'irretroattività della causa di non punibilità e del perdono giudiziale, affermando che si applicassero solo ai reati commessi dopo l'entrata in vigore della legge, dimostrando come l'intento dell'intera modifica proposta fosse non quello di "permettere che vengano scoperti reati di corruzione già commessi, per assicurare poi l'impunità dei loro autori, quanto piuttosto a scoraggiare, e dunque a prevenire, per il futuro, il preoccupante fenomeno della corruzione"¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Così d. d. l. Azzaro ed altri, n. 1780, IX legislatura, p. 11.

2.2.2. Lo scandalo di Tangentopoli e la proposta di Cernobbio del 1994.

Era il 17 febbraio del 1992 quando venne arrestato, con l'accusa di concussione, l'ingegnere Mario Chiesa, presidente del Pio Albergo Trivulzio ed esponente del Partito Socialista Italiano; aveva, infatti, richiesto all'imprenditore titolare dell'azienda che si occupava delle pulizie nel suo albergo di pagare una tangente di 14 milioni di lire (il 10 % dei 140 milioni stabiliti per l'appalto), per garantirgli la continuità del rapporto di lavoro con l'ente. L'imprenditore, dopo aver denunciato il fatto, d'intesa con i carabinieri di Milano, si presentò nel tardo pomeriggio di quel giorno di febbraio con una tangente di ammontare pari a 7 milioni di lire, la metà di quanto richiesto, e, mentre l'ingegnere procedeva all'incasso della somma, i carabinieri irrupero nella stanza e, cogliendolo in flagranza di reato, procedettero al suo arresto, nonché al prelievo di quanto aveva appena intascato e di un'altra tangente di 37 milioni, di cui lo stesso aveva tentato di disfarsi, gettando i soldi nel water, poco prima che lo portassero via. Nel corso delle indagini immediatamente successive, grazie ai controlli bancari che vennero effettuati, si scoprì che l'ingegnere aveva un'ampia disponibilità economica, di molto superiore il suo reddito, fatto che fece dedurre la continuità con cui il funzionario avesse barattato l'esercizio delle funzioni, inerenti alla propria carica, con il pagamento di tangenti. A partire da questo caso, che apparentemente si presentava come isolato, cominciarono ad essere coinvolti nelle indagini anche altri imprenditori, il cui numero cresceva di giorno in giorno, fino a creare una sorta di spirale che andava ogni volta ad allargarsi, tanto da coinvolgere anche enti di livello regionale e nazionale, per un totale di circa millecinquecento persone indagate per corruzione, concussione e reati ad essi connessi, quali falso in bilancio e finanziamento illecito ai partiti.

Fu così che ebbero inizio quello che venne giornalmisticamente definito lo scandalo Tangentopoli e la correlata e complessa attività d'indagine, denominata "Mani Pulite", affidata ad un *pool* di magistrati della Procura della Repubblica di Milano. A partire da quel febbraio del 1992 venne scoperto un vero e proprio sistema di corruzione e reati ad essa correlati, che riguardava l'intero funzionamento degli apparati politici ed amministrativi, dagli appalti, passando ai rapporti tra politici ed imprenditori, fino al finanziamento dei partiti, mostrando

come ormai questo sistema fosse divenuto la prassi¹⁰⁷, tanto che il termine è diventato una sorta di “metafora di un sistema largamente praticato di pratiche illegali orientate al profitto, diffuse nel mondo politico, nella pubblica amministrazione e anche nel mondo delle imprese”¹⁰⁸: la corruzione era diventata sistemica.

Dal risultato delle indagini dei PM milanesi sono emerse alcune caratteristiche¹⁰⁹ generali, riferibili a tutte le situazioni considerate, quali il fatto che vi fosse un totale scollamento delle regole dell’economia, non solo un mancato rispetto delle norme penali, determinato dalla circostanza che i rapporti che si creavano tra imprenditoria e Pubblica Amministrazione fossero quasi esclusivamente regolati “da accordi aventi ad oggetto mercimoni illeciti e che prescindevano costantemente da criteri di economicità, efficienza e -talora- di utilità dell’opera pubblica”¹¹⁰, tanto che si è addirittura ipotizzato che l’eventuale costruzione di opere pubbliche, effettuate in quegli anni, fosse determinata solamente dalla necessità di pagare le tangenti; in tema di appalti, non assumeva più alcun significato il fatto di effettuare e partecipare ad una gara, dal momento che di frequente il vincitore risultava già essere stato precedentemente designato, in quanto aveva stipulato degli accordi illeciti con il pubblico funzionario, con la conseguenza che la gara, formalmente, risultava regolare, ma in realtà il funzionario mostrava all’imprenditore come muoversi e cosa fare per vincerla, a discapito degli altri partecipanti; spesso, inoltre, l’accordo illecito risultava raggiunto tra imprenditori e politici, a volte addirittura tra più partiti politici, che si occupavano della gestione delle mazzette, occupandosi poi della loro distribuzione tra i vari

¹⁰⁷ La grande diffusione del fenomeno corruttivo a tutti i livelli del potere, dai piccoli enti pubblici locali, fino addirittura ai ministeri, e quindi ai vertici del Paese, ha fatto sì che alcuni autori parlassero addirittura di uno “spettro di Tangentopoli” che “s’aggiri per l’Italia” (così T. PADOVANI, *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1996).

¹⁰⁸ Così D. PULITANO’, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1997, fascicolo 7.

¹⁰⁹ Cfr. G. COLOMBO, *Stato di diritto e corruzione. I risultati delle indagini milanesi sui reati contro la Pubblica Amministrazione*, in Cass. Pen., 1994, p. 2256 ss.

¹¹⁰ Così G. COLOMBO, cit.

soggetti interessati; altre caratteristiche comuni del giro di tangenti sono da individuare nel fatto che spesso l'importo della stessa veniva fatto gravare sull'ente pubblico, che il denaro era utilizzato per scopi strettamente personali come per finanziare le campagne elettorali dei partiti o per la loro gestione, che di frequente si ricorreva a degli intermediari internazionali per cercare di coprire lo spostamento del denaro, attraverso la creazione di provviste, fatturazioni false, o creazioni di società fiduciarie.

La corruzione era ormai emersa come un fenomeno consuetudinario, capace, per le proporzioni che aveva raggiunto, di andare a stravolgere l'intera struttura dello Stato. Tangentopoli si mostra come l'espressione, il frutto di un'emergenza che interessa più settori; *in primis* quello politico, dal momento che ha arrecato un danno rilevante ai rapporti tra lo Stato e la società, con conseguente perdita di fiducia nelle istituzioni; quello processuale, in cui l'emergenza si è mostrata nella difficoltà di affrontare l'innumerabile mole dei processi che sono scaturiti dalle indagini, anche a causa dell'importante impatto della prescrizione su molti dei fatti contestati, accentuata dalla complessità dell'accertamento probatorio, con conseguente ineffettività della risposta sanzionatoria, ed è proprio a questo che si ricollega la terza emergenza derivata da Tangentopoli, cioè quella punitiva. Tenendo in considerazione che la corruzione si configurava allora, e tutt'oggi, come un fenomeno diffuso, a carattere sistemico, si è reputata necessaria una risposta da parte dell'ordinamento che tenesse conto di questa natura e che fosse efficacemente in grado di individuare il fenomeno e di combatterlo. A questo fine è fondamentale soffermare l'attenzione sulla proposta elaborata dai magistrati del *pool* di Mani Pulite e da un gruppo di docenti, presentata a Cernobbio il 3 settembre del 1994, in occasione di un incontro annuale di economisti, imprenditori e giuristi, con l'intenzione di creare un piano per uscire da Tangentopoli.

Le "proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti", nota anche come "proposta di Cernobbio", sono state formulate con la volontà di fronteggiare efficacemente quella che si era presentata come una vera e propria emergenza criminale. All'interno delle note illustrative

della proposta¹¹¹, si afferma come questa sia stata determinata dalla necessità di combattere questo fenomeno, a causa dei rilevanti problemi che comporta in diversi ambiti; innanzitutto, ricordano come la corruzione abbia dei riflessi rilevanti sull'economia, considerando che il costo delle tangenti sarebbe stato pari allo 0,1% del PIL italiano, sulla società, in quanto i suoi costi vengono a gravare sui cittadini, configurandosi come una sorta di “tassazione impropria”, nonché per il fatto che si distraggono delle risorse finanziarie che sarebbero altrimenti utilizzate per lo sviluppo economico del Paese, e sul mercato, poiché comporta l'aumento dei costi di transazione e del valore della prestazione, con la conseguenza che, nel caso in cui il fenomeno raggiunga dimensioni elevate, chi decida di non entrare nel giro finirebbe con l'essere facilmente estromesso dal mercato; è quindi “di vitale importanza per la salvezza stessa delle istituzioni democratiche e del patto sociale, apprestare elementi normativi che per il futuro [...] rafforzino la lotta al cancro della corruzione che ha corroso le istituzioni e la vita del nostro Paese”¹¹².

Per queste ragioni, la proposta intende modificare la disciplina esistente, attraverso l'eliminazione del reato di concussione e l'unificazione delle fattispecie di corruzione, l'inasprimento del trattamento sanzionatorio e la previsione di una causa di non punibilità.

Innanzitutto, la proposta intende sorpassare il modello repressivo bicefalo allora presente, che permetteva di configurare un fatto illecito come concussione o corruzione a seconda della veste assunta dal privato, per creare un'unica disposizione, di cui all'art. 1 del progetto, con cui si elimina il reato di concussione e si riconduce la relativa condotta nel reato di estorsione, per sostituire l'art. 317 con un'unica ipotesi di corruzione, in cui si puniscono tutte quelle situazioni in cui si verifichi un'illecita dazione o promessa di denaro o di altra utilità, comprendendo anche tutti quanti quei casi in cui tale condotta sia posta in essere dal privato, al solo fine di ottenere un trattamento più favorevole. Questa nuova formulazione dei reati di corruzione fa sì che venga meno l'apporto collaborativo del soggetto

¹¹¹ V. “*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*”, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994, p. 911 ss.

¹¹² Così nelle “*Note illustrative alla proposta*”, cit., riportate da T. PADOVANI, *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*”, cit., p. 456.

privato; se prima, infatti, questo poteva essere garantito dalla qualificazione del fatto come concussione, piuttosto che come corruzione, ora, con l'eliminazione del delitto di concussione, il privato non sarà più propenso a collaborare, temendo di essere perseguito per il reato di corruzione, anche in ragione della prospettata severità del trattamento sanzionatorio applicabile¹¹³.

¹¹³ Dal momento che ci si trova di fronte a delitti che sono in grado di sovvertire il funzionamento dell'intero sistema, risulta necessaria una rigorosa risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento, che mostri la specifica volontà di combattere efficacemente il fenomeno. Le norme della proposta rilevanti in questo senso vengono individuate negli artt. 1, 2, 3, 5, 6 e 9. L'art. 1, che disciplina il reato di corruzione, prevede infatti l'applicazione al corrotto della pena della reclusione da quattro a dodici anni, a cui si aggiunge la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici nel caso di condanna; l'art. 2 prevede la sostituzione dell'art. 318 (corruzione impropria) con le pene per il corruttore, affermando l'applicazione della pena della reclusione da tre a otto anni per chiunque dia o prometta indebitamente ad un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio denaro od altra utilità non dovuti, in relazione al compimento, all'omissione o al ritardo di un atto dell'ufficio, ovvero al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, o comunque in relazione alle sue funzioni, alla sua qualità o alle sue funzioni; l'art. 3 prevedeva l'introduzione dell'art. 318-*bis*, rubricato "circostanze aggravanti della corruzione, della calunnia e dell'estorsione", che, al co. 1, stabiliva l'aumento della pena di cui all'art. 317, così come modificato dalla proposta, fino alla metà, nel caso in cui il fatto fosse stato commesso da un magistrato, da un militare in carriera, da un funzionario o agente di polizia, da un rappresentante diplomatico o consolare all'estero, mentre, al co. 2, disponeva l'aumento della pena per il corruttore, di cui all'art. 318, fino alla metà, se la dazione o promessa avveniva a favore di uno dei soggetti individuati al comma precedente; si andava quindi a qualificare la nuova fattispecie di corruzione in atti giudiziari, di cui all'art. 319-*ter*, introdotta dalla l. 26 aprile 1990, n.86, come circostanza aggravante dell'unico reato di corruzione, ed eliminare la circostanza aggravante prevista dall'art. 319-*bis*, che prevedeva all'epoca un aumento di pena, se la corruzione propria aveva ad oggetto il conferimento di pubblici impieghi, o pensioni, o stipendi o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata la pubblica amministrazione, cui appartiene il pubblico ufficiale interessato; l'art. 5 della proposta stabiliva la sostituzione dell'art. 319 (corruzione propria) con la confisca obbligatoria e la riparazione pecuniaria, prevedendo, nel caso di sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'art. 444 c. p. p., per il reato di corruzione, di cui all'art.317, che venisse sempre ordinata la confisca di una somma pari al valore di quanto ricevuto, mentre per il reato di cui all'art. 318, che il colpevole versasse una somma di ammontare pari a quanto versato al pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria a favore dell'amministrazione a cui il corrotto appartiene, lasciando in ogni caso impregiudicato il diritto al risarcimento del danno; inoltre, ai sensi del co. 3,

Per cercare di ovviare a questa problematica conseguenza dell'indebolimento degli strumenti di accertamento del reato di corruzione, nonché per garantire un funzionamento dell'intero sistema progettato, la proposta prevede l'introduzione di un'inedita causa di non punibilità, di cui all'art. 10, per cui *“non è punibile chi abbia commesso il fatto previsto dall'articolo 317 o dall'articolo 318 qualora, prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico nel registro generale, e, comunque, entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denuncia, fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili. 2. La non punibilità del corrotto è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto, ovvero, per la parte in cui la somma sia stata utilizzata nell'interesse di altri o versata ad altri, dia indicazioni, che consentano di individuare l'effettivo beneficiario. 3. La non punibilità del corruttore è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto versato”*. Analoga causa di non punibilità era stata prevista dagli artt. 11 e 12 in riferimento alle violazioni in materia di illecito finanziamento di partiti politici e ai reati connessi con quello di corruzione.

La ragione principale che ha spinto il gruppo di Cernobbio a proporre questa inedita soluzione sta nella assoluta necessità di rompere l'omertà che circonda il

al pagamento erano obbligati, in solido anche la persona fisica o giuridica, l'associazione, anche se non riconosciuta, o l'ente nel cui interesse era stato commesso il reato; infine l'art. 6 disponeva un particolare regime di interruzione della prescrizione per questi reati, prevedendo la sostituzione dell'art. 320, stabilendo al co. 1 che *“se il delitto di cui all'art. 318 è stato commesso per ottenere l'occultamento o il mancato perseguimento dei reati, il termine di prescrizione dei reati occultati ricomincia a decorrere dal momento della consumazione del delitto predetto”*; la gravità dei fatti di corruzione è riconosciuta anche attraverso l'intervento in ambito procedurale, in particolare attraverso la previsione dell'art. 9, in cui si inserisce la corruzione tra i reati per cui si applica il regime delle misure cautelari, rendendo obbligatoria la custodia cautelare in carcere nel caso di sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.

reato di corruzione, necessità che, nell'esperienza internazionale¹¹⁴, ma anche italiana¹¹⁵, si ricollega alla previsione di norme più favorevoli di fronte a comportamenti di collaborazione con la giustizia, di cui si deve assolutamente tenere conto, se si vuole delineare una chiara ed efficace strategia di lotta alla corruzione. Considerando che la corruzione è un reato caratterizzato da un'elevata "cifra oscura", determinata dalla difficoltà di ricerca di prove del reato, accentuata dalla connivenza dei partecipi allo scambio illecito e al modesto numero di possibili testimoni del *pactum sceleris*, si ritiene nella proposta che solamente la rottura del rapporto di solidarietà che si crea tra le parti può portare alla repressione del reato, come dimostrato anche nel corso delle indagini su Tangentopoli, in cui gran parte dei fatti di corruzione e affini sono stati scoperti grazie al contributo conoscitivo fornito da altri indagati; addirittura si ritiene che la via della previsione di un premio sia l'unica percorribile, affermandosi che " per ridurre la "cifra oscura" e per rafforzare l'efficacia general preventiva della legge penale, via maestra è quella di incentivare la collaborazione processuale, con strumenti idonei a fondare e rendere

¹¹⁴ In particolare, le note illustrative della proposta mostrano l'esperienza della causa di non punibilità nei paesi di *common law*, in Francia e in Austria; per quanto concerne i primi, gli incentivi alla collaborazione sono per di più ricollegabili a strumenti processuali, tra cui il più importante è il "*guilty plea*", in cui vi è un accordo tra accusa e difesa secondo cui la dichiarazione di colpevolezza, a cui consegue l'impegno a rendere testimonianza contro il coimputato, determina la concessione di vantaggi in sede di contestazione o di pena, anche in termini di non punibilità; diversamente, nei Paesi di *civil law*, il ricorso a norme premiali si ricollega alla collaborazione processuale, incentivata soprattutto per i delitti politici, di associazione o che vanno ad incidere su degli importanti interessi dello Stato; in Francia, ad esempio, si prevede, riguardo all'associazione per delinquere, l'esclusione della punibilità per chi, prima di ogni procedimento, abbia rivelato l'esistenza dell'associazione, o l'accordo alle Autorità competenti, permettendo anche l'identificazione degli altri partecipanti (art. 450 cod. pen. francese), mentre in Austria si prevedono diverse disposizioni premiali per chi abbia tempestivamente reso delle dichiarazioni che risultino utili a reprimere fatti criminosi, ad esempio per i delitti di falsità in denaro o in altri valori, di complotto criminoso o di associazione contro lo Stato.

¹¹⁵ Si richiama soprattutto l'esperienza della legislazione dell'emergenza degli anni '80, in cui sono state introdotte alcune disposizioni incentivanti la collaborazione processuale, di cui al d. l. n. 625 del 1979 e la l. n. 304 del 1982, mostrando come siano state fondamentali nell'efficace lotta alle organizzazioni terroristiche; v. cap. 1 § 1.2, 1.3.1.

stabile -e previamente riconoscibile come elemento d'inaffidabilità del *pactum sceleris*- l'interesse a collaborare". Così, si afferma, si garantirebbe un miglior funzionamento del sistema preventivo e repressivo della corruzione, grazie al coordinamento tra l'inasprimento delle pene e la previsione di una causa di non punibilità.

Inoltre, la possibilità di prevedere l'applicazione di cause di non punibilità nel sistema sarebbe garantita dalla lettura che la Corte Costituzionale ha dato di questa tipologia di disposizioni, poiché ha affermato dapprima¹¹⁶ la necessità di un fondamento costituzionale per questo tipo di norma, ma non ancorandola necessariamente ad una previsione esplicita, contando semplicemente che la stessa sia espressione di un bilanciamento di valori costituzionali, e, successivamente¹¹⁷, ha riconosciuto il potere del legislatore nel recidere il legame tra il reato e la punibilità attraverso questa categoria di norme, anche per raggiungere obiettivi di tutela diversi ed estranei a quelli strettamente legati ai beni giuridici delle norme incriminatrici; da qui, la legittimità della previsione della causa di non punibilità di cui agli artt. 10,11 e 12, in quanto strumento con cui si accresce l'efficacia general preventiva della fattispecie penale.

La proposta di Cernobbio non fu un caso isolato in quegli anni, tanto che, quasi contemporaneamente alla stessa, in Parlamento vennero presentate diverse proposte di legge, tutte orientate verso le stesse modifiche¹¹⁸ (unicità della

¹¹⁶ Sentenza n. 148 del 1983

¹¹⁷ Sentenza n. 369 del 1988, in materia di condono edilizio, strumento che era stato disposto per "chiudere con il passato d'illegalità di massa" e garantire così una più efficiente repressione per il futuro.

¹¹⁸ Si ricordano la proposta di legge n. 1175 alla Camera, d'iniziativa dei deputati Pecorario Scanio, Incorvaia, presentata il 5 settembre 1994, recante "*modifiche al codice penale e di procedura penale in materia di reati contro la pubblica amministrazione*"; la proposta di legge n. 1239 alla Camera, d'iniziativa dei deputati Ayala ed altri, presentata il 16 settembre 1994, recante "*norme per la prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento ai partiti politici*"; il disegno di legge n. 1043, presentato al Senato, d'iniziativa dei senatori Salvi ed altri, comunicato alla Presidenza il 21 ottobre 1994, recante "*modifiche al codice penale e di procedura penale in materia di punizione e repressione dei fenomeni di corruzione, diritto alla difesa e accelerazione dei processi*"; il disegno

fattispecie di corruzione, aumento delle pene, previsioni di circostanze attenuanti o cause di non punibilità a favore del collaborante), ma quella effettuata dal *pool* di Mani pulite fu sicuramente quella che alimentò il dibattito per gli anni immediatamente successivi; sicuramente, la sua presentazione suscitò diverse ragioni nella politica, alcune anche molto critiche, non soltanto in riferimento ai suoi contenuti, ma per il fatto stesso che fosse stata effettuata da un gruppo di magistrati e docenti universitari, ritenendo che l'iniziativa rappresentasse un attentato alla Costituzione, in quanto si sarebbero sostituiti ai soggetti deputati alla legiferazione e all'approvazione delle leggi, anche se in molti hanno poi mostrato come questo timore risultasse del tutto infondato, anche perché manca, in Costituzione, una norma che vieti a soggetti che non hanno potere legislativo la possibilità di esporre proposte od opinioni¹¹⁹. In ogni caso, le critiche più aspre si sono derivate dalla dottrina penalistica¹²⁰ e si sono concentrate sui contenuti dell'iniziativa, soprattutto sull'idea di una causa di non punibilità per i reati di corruzione.

Per prima cosa, si contestava la stessa filosofia su cui si basava la proposta, ispirata all'idea, ormai molto diffusa nella legislazione penale di quegli anni, di ricorrere a dei sistemi di rafforzamento della repressione, affiancandovi però la possibilità di adottare un provvedimento di clemenza per quanto commesso. Si tratterebbe di una filosofia da allontanare¹²¹, in primo luogo, dal punto di vista dell'aumento considerevole delle pene, soprattutto nell'innalzamento della pena

di legge n. 1084, presentato al Senato, d'iniziativa dei senatori Imposimato ed altri, comunicato alla Presidenza il 2 novembre 1994, recante "*modifiche dei reati contro la pubblica amministrazione*".

¹¹⁹ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, in Cass. Pen., fascicolo 8/9, 1994.

¹²⁰ V. Relazioni tenute al Convegno "Proposte per la lotta alla corruzione", Università degli studi di Milano, 14 settembre 1994, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., in particolare F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*; G.M. FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*; così anche S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione e i rischi di erosione della concezione penale del fatto*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1995.

¹²¹ Cfr. F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, op. cit., p. 941,

edittale minima, ritenuto espressione di una sorta di provocazione¹²², che, determinerebbe un'illogicità rispetto all'offesa effettiva arrecata al bene giuridico tutelato che, stante l'ammontare delle sanzioni, sembra non coincidere più soltanto con il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, ma anche con la salvaguardia delle istituzioni politiche ed economiche dello Stato; la proposta, sotto questo punto di vista, si configurerebbe come una legge a valore simbolico, che ha il solo scopo di rassicurare l'opinione pubblica, come dimostrato anche dalla previsione della pena accessoria, da applicare obbligatoriamente per il reato di corruzione (ult. co. nuovo art. 317, secondo l'art. 1 della proposta), dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, come anche quella della confisca e della riparazione pecuniaria; accanto a queste previsioni, vi sono quelle della non punibilità del fatto di corruzione, in cui vi sono molteplici aspetti problematici, primo tra tutti la circostanza che la sua applicazione sia affidata alla discrezionalità della magistratura, a cui segue l'affermazione implicita di una regola, per cui o si accetta di collaborare, effettuando la denuncia nei termini previsti e con le modalità fissate, oppure si risponde del reato, per cui sono previste pene elevate, a cui si aggiungono anche pene accessorie di consistenza rilevante; inoltre, secondo l'Ordine degli avvocati, una disposizione di questo tipo farebbe venir meno l'accertamento del reato nella sede processuale e comunque non garantirebbe l'effettiva riduzione del pericolo di commissione di ulteriori episodi corruttivi, addirittura avrebbe potuto operare come fattore criminogeno¹²³, incentivando i soggetti a commettere fatti di corruzione, dietro la consapevolezza dell'impunità in caso di autodenuncia e collaborazione, nonché come strumento di ricatto; per questo si è cercato di contenere tali rischi, insiti in qualsiasi ipotesi di condotta collaborativa a cui segua un beneficio, attraverso la fissazione di termini e modalità della condotta, ma, nonostante lo sforzo, anche queste precisazioni possono risultare problematiche, poiché, ad esempio, il termine massimo di tre mesi fissato per autodenunciarsi può essere facilmente usato come mezzo di pressione sul

¹²² cfr. D. PULITANO', *La giustizia penale alla prova del fuoco*, op. cit., p. 27.

¹²³ cfr. C. F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in Cass. Pen., fascicolo 8/9, 1994, p. 2343.

correo, perché realizzi altri atti entro quel termine, come anche perché non viene previsto un limite massimo di volte in cui si può fruire del beneficio, con la conseguenza che potrà essere applicata sia a chi abbia effettuato una rilevante quantità di azioni corruttive, sia a chi sia già stato condannato o abbia già fruito del premio; se poi si tiene a mente che la condotta collaborativa deve comunque essere posta in essere spontaneamente e prima che si iscriva, a carico del responsabile, la notizia di reato nell'apposito registro, può facilmente immaginarsi come il soggetto potrà essere indotto a collaborare perché precedentemente sottoposto ad interrogatorio, o perché in stato di custodia cautelare, con la conseguenza che difficilmente, nella prassi, si potranno verificare delle effettive denunce spontanee, anche perché, come dimostrato anche nel corso delle indagini per il caso Tangentopoli, chi collaborava lo faceva solo dopo essere stato tratto in arresto.

Non si comprende neanche il riferimento alla collaborazione nell'individuazione degli autori del reato di corruzione¹²⁴; sicuramente si tratta di una indicazione mutuata dalla legislazione in materia di terrorismo e di criminalità organizzata, dove però l'indicazione dei concorrenti nel reato serve a garantire la cessazione della permanenza del reato, quando, invece, nella corruzione il reato si consuma nel momento in cui viene raggiunto l'accordo, con la conseguenza che qualsiasi comportamento posto in essere successivamente non avrà alcuna rilevanza, così che l'indicazione dei correi sarà rilevante solo dalla prospettiva processuale, il che rende perplessi sulla stessa applicazione, in tali situazioni, della non punibilità, in quanto obiettivi simili possono essere perseguiti anche senza rinunciare alle istanze punitive, ad esempio attraverso l'introduzione di una semplice circostanza attenuante.

Meno rilevanti, ma comunque presenti, sono stati i commenti favorevoli alla proposta di Cernobbio¹²⁵; già pochi giorni dopo la sua diffusione, alcuni autori mostrarono come la previsione di quelle norme fosse assolutamente giustificata dal particolare reato che si doveva fronteggiare e come, quindi, fosse da condividere la

¹²⁴ V. A. PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1995, p. 63.

¹²⁵ V. F. STELLA, *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994; ivi D. PULITANO, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, p. 949 ss.

sua impostazione; innanzitutto, si è risposto a chi criticava l'eccessivo inasprimento del trattamento sanzionatorio che la sua *ratio* sia da ricercare nella necessità di reprimere fatti che vanno a danneggiare la fiducia dei cittadini nello Stato, con conseguenti fratture nell'ambito economico e sociale, determinate dal diffondersi dell'idea dello "Stato criminale"¹²⁶; proprio per le conseguenze dannose che provoca (la corruzione viene infatti vista come criminalità *nello* Stato e *dello* Stato), si rende necessaria l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più rigoroso, come dimostrato anche dall'esperienza di altri Paesi, perché solo in tale maniera è possibile fronteggiare un fatto grave, esteso e, secondo i cittadini, da debellare urgentemente.

In riferimento alla causa di non punibilità, si è affermato che la previsione di un semplice innalzamento dei termini edittali delle pene non può essere considerato un rimedio sufficiente a contrastare il fenomeno; per questo è necessario ricorrere ad istituti come la non punibilità a seguito della collaborazione, anche perché ritenuto unico metodo per penetrare l'omertà che avvolge il patto corruttivo e che si pone come garanzia dell'impunità del reato, dal momento che, complici anche i termini di prescrizione, la sua stessa esistenza impedisce la diffusione di tracce o notizie; l'unico modo per poter garantire un vero e proprio cambiamento di rotta nella lotta alla corruzione è dato da questa previsione, in quanto, una volta divenuta operativa, garantirebbe la creazione di un clima di diffidenza e di incertezza nel rapporto criminoso, tale da garantire con più facilità una sua rottura. Per questo non si sono ritenute sufficienti a tal fine circostanze attenuanti che prevedano un consistente sconto di pena per il collaborante, come anche l'applicazione del patteggiamento allargato. Inoltre, non si ritiene che la previsione di una tale disposizione sia in contrasto con il principio di uguaglianza¹²⁷, in quanto la sua previsione limitatamente al delitto di corruzione è giustificata dalla particolarità dello stesso e dalla necessità di far emergere l'accordo

¹²⁶ Cfr. F. STELLA, *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, op. cit., p. 937.

¹²⁷ *Contra* G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro It.*, 1997, secondo cui la disposizione sarebbe costituzionalmente illegittima, sotto il profilo della possibile discriminazione di trattamento, in quanto applicabile solo ad alcuni reati contro la P. A. e non quindi a reati che ledono dello stesso bene giuridico, come a quelli che hanno una capacità offensiva maggiore.

corruttivo, che altrimenti rimarrebbe occultato, considerando anche che la Corte Costituzionale ha stabilito i criteri per delineare le cause di non punibilità, richiedendo solo che siano frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali interessati, il che giustificerebbe un trattamento distinto dalla regola generale per cui alla commissione del reato segue l'applicazione della pena.

Tuttavia, nonostante da diverse parti della magistratura, della dottrina e anche della politica si auspicasse un forte intervento sulla disciplina della corruzione nell'ottica di una maggior efficienza sul piano repressivo, purtroppo ciò non avvenne, almeno non negli anni che seguirono il 1992, anno che però, a seguito delle indagini svolte, è stato preso come punto di riferimento per la legislazione degli anni successivi, mostrando come fosse necessario un intervento deciso e mirato per evitare che la corruzione, ormai divenuta parte integrante del sistema, dilagasse ulteriormente, divenendo un cancro non più curabile.

2.3. La lotta alla corruzione nell'ottica della prevenzione: la Legge 6 novembre 2012, n. 190.

La prima vera risposta del legislatore al problema della corruzione dopo lo scandalo Tangentopoli del 1992 fu la legge n. 190 del 6 novembre 2012, intervenuta quindi ben 20 anni dopo il fatto, ma che è sicuramente si è fatta portatrice di un cambiamento nello stesso modo di guardare la lotta al fenomeno corruttivo, essendo consapevole del fatto che l'unica maniera per poter sconfiggere efficacemente il sistema della corruzione sia creare una più solida coscienza morale civica, sia dei funzionari pubblici che dei cittadini.

Questa riforma, più nota come "legge Severino", è intervenuta all'esito di un periodo in cui da più parti si auspicava un intervento riformatore del sistema di contrasto alla corruzione¹²⁸, che non si limitasse semplicemente ad un innalzamento

¹²⁸ A tal proposito, si può ricordare la raccomandazione dell'11 maggio 2000, numero (00) 10, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹²⁸, in cui è stato elaborato un modello di codice di condotta per i pubblici ufficiali, cioè coloro che sono impiegati presso una pubblica autorità o presso un ente privato, in cui però svolgono un pubblico servizio, dove si stabiliscono i principi generali a cui deve improntarsi la loro attività, come, ad esempio, "adempiere ai propri doveri nel rispetto della legge, delle istruzioni legittime e delle regole deontologiche relative alle sue funzioni" (art. 4

dei limiti edittali di pena, ma che lo stravolgesse nella sua interezza, facendo soprattutto leva sulla prevenzione del fenomeno¹²⁹, considerando anche che i vari interventi legislativi successivi allo scandalo di Tangentopoli, che avevano inciso, direttamente o indirettamente, sui delitti contro la Pubblica Amministrazione¹³⁰, non erano stati in grado di rispondere a questa necessità.

La mancanza, fino al 2012, di un adeguato sistema di contrasto alla corruzione era anche legato al fatto che si utilizzava un modello repressivo ancora legato al passato, che si riferiva all'amministrazione centralizzata, che, di conseguenza, non risultava più in linea con quelle che erano le nuove esigenze dell'amministrazione, che proprio in quegli anni stava subendo dei grandi cambiamenti, che neanche i vari interventi normativi in diversi settori a cavallo del

co. 1), oppure essere "onesto, imparziale ed efficace, e (ad) adempiere ai propri doveri al meglio delle proprie capacità, con competenza, equità e comprensione, avendo cura solamente dell'interesse pubblico e delle pertinenti circostanze del caso" (art. 5 co.2), tutto ciò con l'obiettivo di "precisare le regole in materia di integrità e di condotta che i pubblici ufficiali devono osservare, di aiutarli a rispettare queste norme e di informare il pubblico della condotta che ha diritto di aspettarsi da parte dei pubblici ufficiali". Tuttavia, si tratta di un esempio che per alcuni anni è rimasto isolato, in quanto solo dopo la riforma del 2012 si sono adottati dei veri e propri codici di condotta nelle Pubbliche Amministrazioni, nell'ottica di una maggior prevenzione dei fenomeni corruttivi.

¹²⁹ Tale bisogno era avvertito anche negli anni di Tangentopoli e di Mani Pulite, in cui si era consapevoli del fatto che la lotta alla corruzione in maniera efficiente passa soprattutto attraverso la predisposizione di mezzi di prevenzione della stessa, che si affianchino alla sanzione penale, introducendo mezzi per accrescere la trasparenza dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, ma anche tra le stesse amministrazioni, o ancora, in materia di appalti, garantire un maggior controllo, non solo di tipo formale, sulla loro regolarità, come anche attraverso l'istituzione di un'autorità (sul modello delle *authority* nella *common law*) che controllasse la trasparenza dell'autorità amministrativa, con funzioni di ispezione, verifica e controllo, oppure, ancora, attraverso la regolamentazione del conflitto di interessi (cfr. A. PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana "Mani Pulite"*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1997, p. 1116)

¹³⁰ Si ricordano la l. 16 luglio 1997, n. 234 sulla modifica del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c. p.), la l. 29 settembre 2000, n. 300 che ha esteso i reati di peculato, concussione e corruzione ai membri degli organi delle comunità europee, o, ancora, il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto la responsabilità amministrativa derivante da reato delle persone giuridiche e che ha individuato, tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente, quelli di concussione, corruzione ed istigazione alla corruzione (per analisi quest'ultimo si rinvia a Cap. 3).

secolo erano stati in grado di intercettare¹³¹. Inoltre, il legislatore italiano era rimasto del tutto inerte di fronte ai diversi interventi internazionali in materia di corruzione, come la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 (ratificata solo con la l. n. 110 del 2012) o la Convenzione ONU contro la corruzione, firmata a Merida nel 2003 (ratificata con la l. n. 116 del 2009), che avrebbero dovuto comportare delle importanti modifiche al settore dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, se attuate efficacemente, ma l'impressione che si aveva all'epoca era che il legislatore non avesse in realtà alcuna idea di mutare il sistema di repressione della corruzione¹³², tanto che, con una serie di interventi in altri settori, comunque indirettamente incidenti, si finì addirittura con l'indebolirlo¹³³.

¹³¹ Lamenta soprattutto la mancata efficiente modifica della disciplina dei delitti contro la Pubblica Amministrazione R. ZANOTTI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma*, in Cass. Pen., fascicolo 5, 2004, p. 1819, soprattutto per la mancata risoluzione dei problemi legati alle qualifiche soggettive, alla distinzione tra corruzione e concussione e alla disciplina della corruzione.

¹³² Salvo alcuni tentativi di riforma, come avvenuto con il disegno di legge comunitaria 2007, che delegava al Governo l'attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI sulla corruzione nel settore privato, con cui si richiedeva di introdurre nell'ordinamento una fattispecie *ad hoc*, poiché fenomeno in grado di incidere fortemente sulla concorrenza, con la produzione di effetti distorsivi per la correttezza dei rapporti nei commerci; si ricorda anche i d. d. l. presentati alla Camera nel dicembre del 2007 per ratificare la Convenzione internazionale sui profili di diritto civile della corruzione e la Convenzione penale sulla corruzione (Convenzione di Strasburgo del 1999), in riferimento alla quale hanno presentato un vero e proprio "pacchetto anticorruzione" ispirato, in parte, all'iniziativa di Cernobbio del 1994, in quanto ritenuto modello più idoneo a dare corretta attuazione alla Convenzione del Consiglio d'Europa (in senso critico sulla proposta M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 3, 2008).

¹³³ Ciò accadde, ad esempio, con la riforma dei reati societari (d. lgs. N. 61 dell' 11 aprile 2002), che ha inciso soprattutto sul reato di falso in bilancio, da sempre ritenuto reato sentinella di fatti di corruzione in ambito societario, attraverso una riduzione delle pene applicabili, la previsione della perseguibilità a querela e l'introduzione di soglie di punibilità, che hanno praticamente concesso la liberalizzazione della costituzione di fondi neri, nel caso in cui ciò avvenga all'interno di determinate soglie, oppure come è avvenuto attraverso la riforma della prescrizione (l. n. 251 del 5 dicembre

Questo depotenziamento degli strumenti repressivi della corruzione ha comportato un ampliamento della distanza tra le forme di tutela esistenti e la realtà del fenomeno corruttivo, con completa inefficienza del sistema di repressione, motivo per cui è stato fondamentale l'intervento della giurisprudenza, che ha permesso di soddisfare le esigenze di tutela, ad esempio attraverso la riconduzione della corruzione per atto dell'ufficio alla corruzione propria¹³⁴.

A questo punto, le spinte verso una riforma dell'impianto repressivo della corruzione si fecero sempre più insistenti, insieme a quelle che richiedevano un intervento sul piano preventivo ed amministrativo¹³⁵; questa esigenza è da ricollegare a più ragioni, quale la presenza di varie lacune all'interno della disciplina, determinate dalla trasformazione del fenomeno corruttivo, quale quelle in materia di traffico di influenze e di corruzione tra privati (anche se a livello internazionale si spingeva per l'introduzione di tale reati nel sistema), e di corruzione per la funzione (tenendo in considerazione però che, come precedentemente riportato, la giurisprudenza si era portata avanti sotto questo punto di vista), o quelle presenti in riferimento al sistema sanzionatorio della corruzione (soprattutto in riferimento alle pene accessorie), a cui aggiungeva la controversa assenza di misure processuali che siano in grado di favorire la scoperta dei fatti di corruzione¹³⁶, tutto ciò nell'ottica di un sistema "integrato" di contrasto, che veda

2005, cd. ex Cirielli) con cui si sono diminuiti i termini di prescrizione dei delitti di corruzione, con conseguente diminuzione dei livelli di effettività della risposta sanzionatoria.

¹³⁴ Questo perché l'atto d'ufficio, secondo la giurisprudenza, non deve necessariamente essere considerato come atto determinato o determinabile, essendo sufficiente fare riferimento alla funzione esercitata dall'agente; in questo modo si è ampliato l'ambito di applicazione del reato, fino a comprendere dei casi che, altrimenti, ne sarebbero rimasti esclusi, come la pratica, piuttosto diffusa, del cd. funzionario a libro paga, in cui il pagamento indebito di denaro o altra utilità viene effettuato non per ottenere degli specifici atti, al cui rilascio il funzionario risulti competente, ma per ottenere dei futuri favori, che non sono predeterminabili nel momento di conclusione dell'accordo.

¹³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Corruzione: per una disciplina "integrata" ed efficace*, in *Dir. Pen. e Proc.*, fascicolo 10, 2011.

¹³⁶ Auspica l'introduzione di norme a carattere premiale (quali circostanze attenuanti e cause di non punibilità per il compartecipe alla corruzione che collabori efficacemente per l'accertamento del

la sinergia dello strumento penalistico repressivo e di quello amministrativo preventivo¹³⁷.

Tenendo conto di queste esigenze, il legislatore, nel novembre del 2012, ha emanato la legge n. 190, recante “disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, con l’intento di perseguire due obiettivi: contrastare efficacemente la corruzione, considerando soprattutto l’impatto che ha sulla crescita economica del Paese, e dare attuazione agli obblighi assunti a livello internazionale.

La legge riveste una sua importanza fondamentale nella trattazione della lotta alla corruzione in quanto, per la prima volta, ha mostrato la necessità di introdurre un sistema di contrasto che non fosse incentrato esclusivamente sul diritto penale, ma che prevedesse anche un intervento del diritto amministrativo, che, grazie alla predisposizione di misure preventive disposte sia a livello nazionale (attraverso l’elaborazione, da parte dell’ANAC, del Piano nazionale anticorruzione), sia a livello locale (ad opera delle singole amministrazioni, nonché degli enti economici e società controllate e a partecipazione pubblica, ai sensi dell’art. 2-bis, co. 2, del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, tenute ad elaborare al proprio interno un apposito Piano triennale anticorruzione, che tenga conto sia del Piano nazionale, che opera come una sorta di linea guida, sia della concreta attività svolta a loro interno, in maniera tale da individuare, all’esito di un’attenta valutazione, tutti quei settori in cui è insito il rischio di corruzione, per determinare poi le misure più adatte a garantire un’efficace prevenzione¹³⁸), possa garantire l’applicazione di

reato), in quanto utili per l’accertamento giudiziale F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in Dir. Pen. Cont., fascicolo 1, 2012.

¹³⁷ Per quanto riguarda le misure preventive, si afferma la necessità di introdurre disposizioni sul conflitto di interessi, affidamento dei contratti di appalto, controlli sulle attività amministrative di settore, cercando di creare un’organizzazione, dei nuovi poteri e delle regole in grado di contrastare il fenomeno e garantire una maggiore trasparenza, seguendo una logica assimilabile a quella dell’amministrazione dell’emergenza (ad esempio in occasione dell’emergenza terremoto), in cui si crea un’amministrazione aggiuntiva e parallela (cfr. C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 9, 2011).

¹³⁸ Si rimanda per un’analisi più approfondita al cap. III, § 3.1.

una nuova filosofia nella lotta alla corruzione e all'illegalità presente nella Pubblica Amministrazione.

2.3.1. Le modifiche apportate dalla riforma al sistema repressivo della corruzione.

La riforma, composta da due soli articoli, incide in maniera decisiva sui meccanismi di lotta alla corruzione; nonostante la parte più innovativa sia rappresentata dalle disposizioni amministrative in materia di prevenzione e trasparenza dell'attività amministrativa¹³⁹, anche dal punto di vista strettamente penalistico- repressivo si è riusciti ad apportare delle rilevanti novità.

La legge infatti si caratterizza per la modifica della struttura dei reati di corruzione, per l'eliminazione, nella fattispecie di concussione, della condotta induttiva, per identificarla nel reato autonomo di induzione indebita a dare o promettere denaro od altra utilità, di cui all'art. 319-*quater* c. p., per l'introduzione del delitto di traffico di influenze illecite, di cui all'art. 346-*bis* c. p., e di quello di corruzione tra privati, attraverso una modifica dell'art. 2635 c. c., oltre ad un generale innalzamento dei limiti edittali delle pene dell'ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione.

La prima modifica è stata la definizione di una nuova e rinnovata struttura per i delitti di corruzione, in cui assume rilevanza centrale la riscrittura integrale dell'art. 318 c. p., a partire dalla rubrica, non più di "corruzione per atto d'ufficio"¹⁴⁰ ma di "corruzione per l'esercizio della funzione", che sanziona "*il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa*", facendo sì che la norma possa incriminare non solo quelle condotte tradizionalmente riconducibili alla corruzione impropria, in cui l'accordo ricade su uno specifico e determinato atto dell'ufficio, ma anche quei casi in cui si stipuli un accordo per la

¹³⁹ V. Cap. III, § 3.1.

¹⁴⁰ Secondo il vecchio testo era punito 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*".

“compravendita” della funzione pubblica, senza che si faccia riferimento ad uno specifico atto, riprendendo, quindi, la giurisprudenza degli anni precedenti, che già aveva svuotato il concetto di “atto d’ufficio”; in questo modo, si è anche resa più agevole la distinzione con la corruzione propria, cioè quella per atto contrario ai doveri d’ufficio di cui all’art. 319 c. p. (anch’esso modificato, attraverso la previsione dell’incriminazione espressa della corruzione antecedente e susseguente), che incrimina un fatto più grave e, per questo, meritevole di una pena più elevata rispetto a quella prevista per la corruzione per l’esercizio della funzione.

Seconda fondamentale modifica apportata dalla riforma è l’introduzione del nuovo delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all’art. 319-*quater* c. p., per cui *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da tre a otto anni. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”*; la norma è nata dalla modifica del delitto di concussione, da cui è stata espunta la problematica condotta induttiva; la sua sussistenza aveva infatti determinato la nascita della spinosa questione del rapporto intercorrente tra questa fattispecie e quelle di corruzione, di non facile soluzione, tanto che, nei vari disegni di legge che si sono susseguiti nel tempo, veniva da più parti auspicata un’abrogazione della fattispecie di concussione, in maniera tale da risolvere l’annosa questione una volta per tutte. Prima che la riforma risolvesse (in parte) la questione, era stata la giurisprudenza ad intervenire, per dettare dei criteri che potessero aiutare nella distinzione delle due fattispecie di reato; il primo di questi era individuato nell’iniziativa, poiché, mentre nella concussione agisce per primo il funzionario pubblico, costringendo il privato alla dazione o promessa, nella corruzione invece agisce per primo il privato, attraverso la proposta di accordo che viene poi accettata dal pubblico funzionario¹⁴¹; il secondo era il criterio del *metus*

¹⁴¹ Tuttavia, questa ricostruzione del criterio dell’iniziativa è stata fortemente criticata, in quanto far ricadere la condotta nell’una o nell’altra fattispecie in base ad alla prima mossa del soggetto, porterebbe a degli esiti a volte inaccettabili, potendo essere dettata dal caso; è quindi necessario verificare se i due soggetti si siano precedentemente accordati oppure se una delle parti sia stata

publicae potestatis, per cui si avrebbe concussione in tutti i casi in cui il funzionario pubblico agisca ad un livello sovraordinato rispetto al privato, ponendolo in una condizione di assoggettamento, ingenerando un senso di timore, mentre si avrebbe corruzione nel caso in cui i due soggetti si trovino su un piano di parità, stipulando un patto a cui entrambi abbiano volontariamente e liberamente aderito; terzo ed ultimo criterio era quello del danno o del vantaggio per il privato, ritenendo che si configurasse concussione in tutti i casi in cui questo abbia agito *certat de damno vitando*, si sarebbe invece qualificata come di corruzione quando abbia agito *certat de lucro captando*; in ogni caso, il ricorso a tali criteri non ha aiutato nella distinzione tra le due fattispecie, ma, addirittura, dopo l'introduzione dell'art. 319-*quater* ha determinato l'ulteriore problema della distinzione non più solamente tra concussione e corruzione, ma anche tra quest'ultima e l'induzione indebita a dare o promettere utilità; per questo è stato fondamentale l'intervento delle Sezioni Unite¹⁴², secondo cui il criterio distintivo tra le varie fattispecie di reato è da ricercare nella sussistenza della minaccia di un danno ingiusto e nella prospettazione di un vantaggio indebito, quali elementi costitutivi tipici dei delitti, rispettivamente, di concussione e di induzione indebita, essendo da rigettare gli orientamenti emersi dalle sentenze immediatamente successive all'entrata in vigore della riforma¹⁴³. Risolto il rapporto tra le due fattispecie di reato, è importante

costretta dall'altra, a prescindere dal fatto che l'autore sia esterno od interno alla Pubblica Amministrazione.

¹⁴² Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera.

¹⁴³ Il primo orientamento, emerso nella sentenza Nardi (Cass. pen., sez. VI, sent. 4 dicembre 2012, n. 8695), aveva confermato la giurisprudenza pre- riforma, per cui era necessario considerare, come fondamentale elemento distintivo tra le due fattispecie, la diversa pressione prevaricatrice; il secondo orientamento, affermato nella sentenza Roscia (Cass. pen., sez. VI, sent. 3 dicembre 2012, n. 3251), riteneva invece che la distinzione dovesse basarsi sull'oggetto della prospettazione, costituito da un danno ingiusto o *contra ius*, nella concussione, e in un danno giusto o *secundum ius* nell'induzione indebita, giustificando così la punibilità del privato; terzo orientamento era quello affermatosi nella sentenza Melfi (Cass. pen., sez. VI, sent. 11 febbraio 2013, n. 11794), per cui il criterio discrezionale era individuato nella intensità della pressione psichica sul privato, stabilendo però che, in caso di situazioni dubbie, sarebbe stato necessario ricorrere al criterio dell'oggetto della prospettazione.

ricordare che il delitto di cui all'art. 319-*quater* si caratterizza per essere un reato a concorso necessario proprio, in quanto stabilisce la punibilità di entrambi i soggetti, pubblico e privato, motivo per cui viene ritenuto molto vicino alle fattispecie di corruzione, in quanto reato- accordo a struttura bilaterale, in cui il privato viene punito poiché lo stesso, dietro la condotta persuasiva del pubblico funzionario (in ogni caso tale da non porlo di fronte ad una scelta obbligata ed ineluttabile), ha accettato di effettuare la dazione o promessa di denaro od altra utilità, con l'obiettivo di ottenere un vantaggio che sa essere indebito.

Terza modifica apportata dalla legge Severino è stata l'introduzione del delitto di traffico di influenze illecite, di cui all'art. 346-*bis* c. p., secondo cui *“Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 ter , sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita”*. La sua introduzione è stata giustificata dalla necessità di rispondere alle richieste contenute nella Convenzione di Merida e nella Convenzione di Strasburgo, entrambe ratificate dall'Italia; è una fattispecie che persegue l'obiettivo di garantire una protezione totale del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione anche da tutti quei casi in cui si configuri una intermediazione illecita tra un soggetto privato e il soggetto pubblico, attraverso l'incriminazione della fase prodromica ai fatti di corruzione, come dimostrato anche dal richiamo agli artt. 319 e 319-*ter* contenuti nel co. 1; la norma inoltre è stata introdotta anche per definire con maggiore chiarezza l'ambito applicativo del delitto di millantato credito (art.

346 c. p.), che sanziona le condotte del privato che non solo vanti un credito inesistente presso un funzionario pubblico, ma anche che accresca un credito di fatto esistente, ricevendo o facendosi dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione.

Ultima modifica di carattere penalistico riconducibile alla riforma è quella che ha interessato l'art. 2635 c. c., dal 2012 rubricato "corruzione tra privati"¹⁴⁴.

La norma, introdotta con il d. lgs. N. 61 del 2002, con la rubrica "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", è stata oggetto di varie modifiche nel corso degli anni¹⁴⁵, tra cui quella più importante è stata proprio la legge del 2012, in quanto ha riscritto il testo della fattispecie, a cui però ha fatto seguito il d. lgs n. 38 del 2017, che ne ha ampliato l'ambito applicativo, nonché avvicinato la

¹⁴⁴ La norma, così come modificata dalla l. n. 3 del 2019, prevede che "*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte*".

¹⁴⁵ Si ricorda la l. n. 262 del 2005, che ha modificato i soggetti attivi del reato, introducendo il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, e ha previsto un raddoppio delle pene nel caso in cui il reato si fosse consumato all'interno di società con titoli diffusi tra il pubblico in misura rilevante, ovvero quotate; meno incisivo l'intervento avvenuto con il d. lgs. N. 39 del 2010, che, a seguito delle modifiche applicate in materia di revisione contabile, ha espunto dai soggetti attivi del reato i responsabili della revisione.

fattispecie a quelle di corruzione previste all'interno del Codice penale, attraverso l'introduzione del reato di "istigazione alla corruzione tra privati" di cui all'art. 2635-*bis* e del nuovo art. 2635-*ter*, recanti delle pene accessorie.

In particolare, la riforma del 2012 ha modificato l'indicazione dei soggetti attivi del reato, individuati non solo negli organi di gestione e controllo della società, quali amministratori, direttori generali, direttori preposti alla redazione dei documenti contabili, sindaci e liquidatori, ma ha esteso la punibilità anche a coloro che sono sottoposti alla loro direzione e vigilanza (co. 2), anche se prevedendo nei loro confronti l'applicazione di una pena ridotta. Ha del tutto ribaltato la previsione della punibilità del fatto a querela della persona offesa, prevedendo che, nel caso in cui la commissione del fatto abbia causato una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, la procedibilità sia d'ufficio, mentre ha lasciato del tutto inalterato la previsione che lega la punibilità del fatto al nocumento per la società, il che destava una serie di problemi nell'applicazione della norma; tale requisito è stato eliminato solamente con il ricordato d. lgs. N. 38 del 2017, che così facendo ha garantito una maggiore applicabilità della norma, avvicinandola sempre di più alle fattispecie tipiche di corruzione, anche in virtù della clausola di sussidiarietà (già introdotta con la riforma del 2012) con cui si apre la norma, che fa salva l'applicabilità della stessa nel caso in cui il fatto costituisca più grave reato, potendo identificare quest'ultimo in ogni altro delitto di corruzione¹⁴⁶ di cui al Codice penale. In ogni caso, la riforma del 2012, insieme alla modifica intervenuta nel 2017, ha garantito un'estensione degli interessi tutelati, individuati non più solamente nel patrimonio sociale, ma anche nella concorrenza nel mercato; questo perché nel 2012, con il venir meno della procedibilità a querela nel caso in cui il fatto determini una distorsione della concorrenza, si è garantito un primo spostamento dell'asse di tutela verso un interesse esterno alla società, poi divenuto definitivo nel 2017 con l'eliminazione del riferimento al nocumento per la società, il che ha fatto sì che la norma attualmente in vigore tuteli sia il patrimonio della

¹⁴⁶ Cfr. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 4° edizione, Wolters Kluwer, 2018, cap. 4, parte II, §6, per cui "in virtù del principio di specialità, la corruzione tra privati va in ogni caso esclusa rispetto ad ogni altro illecito di corruzione vincolati a differenti qualifiche".

società, protetto da eventuali fatti di corruzione che possano intaccarlo, punibili a querela della persona offesa, sia la concorrenza nel mercato, garantita dalla previsione della procedibilità d'ufficio.

Nonostante la riforma sia stata, nel complesso, ben accolta dalla dottrina¹⁴⁷, alcuni hanno lamentato l'assenza di disposizioni "di favore" per il corrotto o il corruttore che avessero denunciato il fatto, aiutando concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove utili all'accertamento del reato e all'individuazione degli altri autori, in linea con quanto era stato proposto dal 1994 in poi, con l'intento di garantire una maggiore efficienza nella repressione della corruzione. Questa mancanza è stata inoltre resa maggiormente significativa dal fatto che la riforma abbia completato il processo di allineamento del trattamento sanzionatorio del corrotto e del corruttore, andando a prevedere, all'art. 321 c. p. l'applicazione al privato corruttore delle stesse pene previste negli artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter e 320¹⁴⁸, aumentando la possibilità che i partecipanti al reato, forti del comune destino che si trovano di fronte, vadano a rafforzare la loro unione,

¹⁴⁷ V. G. VIGLIETTA, *La l. 6 novembre, n. 190 e la lotta alla corruzione*, in Cass. Pen., fascicolo 1, 2013, p. 00017B; E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., fascicolo 2, 2013, p. 527, per cui la riforma possiede tre meriti, quali la ricomposizione tra diritto vivente e diritto scritto, in riferimento alla nuova formulazione delle fattispecie di corruzione, in quanto ha accolto le tesi avanzate dalla giurisprudenza degli anni immediatamente precedenti la riforma, un maggiore equilibrio per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio e la garanzia di maggiori possibilità nell'accertamento dei reati di corruzione, in riferimento all'innalzamento dei termini di prescrizione del reato e della possibilità di disporre le intercettazioni.

¹⁴⁸ Nella formulazione antecedente alla riforma del 2012, l'art. 321 prevedeva l'applicazione al privato corruttore delle pene previste nel co. 1 dell'art. 318 (pena della reclusione da sei mesi a tre anni per aver accettato la retribuzione indebita, o la sua promessa, per compiere successivamente alla stessa un atto dell'ufficio; non si richiamava invece l'ipotesi del co. 2, relativa alla corruzione impropria susseguente), nell'art. 319, 319-bis e 319-ter, come anche quelle di cui all'art. 320 in relazione agli artt. 318 e 319. Attualmente, la disposizione si applica per la corruzione attiva per l'esercizio della funzione (sia antecedente che susseguente, sebbene l'art. 318 si riferisca espressamente alla sola corruzione per l'esercizio della funzione antecedente), per la corruzione attiva cd. propria, antecedente e susseguente, alla corruzione in atti giudiziari e alla corruzione per l'esercizio della funzione e propria riferita agli incaricati di pubblico servizio, di cui all'art. 320 c. p.

persistendo nel mantenere segreto l'accordo stipulato, continuando anche a commettere fatti di corruzione; per questo motivo, alcuni autori hanno sostenuto la necessità di prevedere delle reazioni diverse da parte dell'ordinamento alla condotta tenuta da ciascuno dei due partecipanti al *pactum sceleris*, anche attraverso l'applicazione di meccanismi che siano in grado di indebolire il vincolo di solidarietà che li unisce.¹⁴⁹ Ma anche su questo versante, in molti hanno sostenuto la scelta effettuata dal legislatore¹⁵⁰, ritenendo che l'introduzione di cause di non punibilità o circostanze attenuanti non sarebbe stata comunque in grado di raggiungere l'obiettivo della rottura del sodalizio criminoso tra corrotto e corruttore, andando a determinare, al contrario, una crescita del fenomeno, alimentato dalla consapevolezza della non punibilità o di un'attenuazione di pena nel caso di autodenuncia, il che avrebbe determinato un'inefficienza totale della disposizione.

2.4. La Legge 27 maggio 2015, n. 65 e l'introduzione della circostanza attenuante della collaborazione processuale ex art. 323-bis, co. 2 c. p.

Ad appena due anni di distanza dalla legge anticorruzione n. 190 del 2012, il legislatore italiano è intervenuto nuovamente sulla materia dei delitti contro la Pubblica Amministrazione con la l. n. 69 del 27 maggio 2015, recante “disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”, determinata dal riemergere della diffusione del

¹⁴⁹ Cfr. M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., che, pur ritenendo le varie proposte effettuate negli anni precedenti (si richiamano espressamente il d. d. l. Azzaro ed altri del 1984 e la proposta di Cernobbio del 1994) meritevoli di un'analisi più attenta, ritiene che l'applicazione delle soluzioni in quei casi prospettate possano portare ad una serie di conseguenze dannose, quali il pericolo di incentivare dei ricatti per ottenere nuove dazioni o promesse, o ancora, per quanto riguarda la causa di non punibilità, il problema del “pentitismo”, nel senso che si guarda con sfavore alla previsione di una mancanza totale della pena a seguito di denuncia susseguente alla commissione del fatto di reato, in quanto potrebbe essere interpretata come una sorta di scambio tra la responsabilità penale individuale e l'interesse a garantire una corretta amministrazione della giustizia, facendo venir meno la funzione general preventiva che l'ordinamento assegna alla pena.

¹⁵⁰ *Contra* S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, fascicolo 10, 2012, p. 1235 ss.

fenomeno corruttivo, legato anche alla vicenda di Mafia Capitale, o allo scandalo del Mose di Venezia e dell'Expo di Milano, che ha portato il Governo a proporre delle nuove misure volte a fronteggiare la corruzione e tutti i reati ad essa correlati, quali criminalità organizzata e false comunicazioni sociali.

Il nuovo intervento del 2015 si pone su un piano diverso rispetto a quello avvenuto nel 2012; in effetti, dal raffronto tra le due riforme, è possibile notare come la legge Severino abbia affermato un necessario cambiamento di rotta nelle modalità di contrasto alla corruzione, attraverso l'applicazione di un sistema integrato di prevenzione e repressione, che veda l'intervento sia degli strumenti amministrativi (che si pongono come novità più significativa della riforma, su cui la stessa ha concentrato la maggioranza delle sue disposizioni) che di quelli repressivi del diritto penale, mostrando però in ogni caso la volontà di spostare l'attenzione sul fenomeno preventivo¹⁵¹. Viceversa, la nuova legge riprende l'analisi dell'ambito strettamente penalistico- repressivo, che era stato in parte modificato dalla riforma del 2012, attraverso modifiche ed integrazioni alla stessa, nell'ottica di un suo miglioramento.¹⁵²

In particolare, la legge del 2015 è intervenuta in quattro modi distinti, prevedendo la reintroduzione dell'incarico di pubblico servizio tra i soggetti attivi del reato di concussione, un inasprimento del trattamento sanzionatorio della corruzione e dei reati ad essa correlati, quali associazione di tipo mafioso e false comunicazioni sociali (quest'ultimo notevolmente modificato), il recupero coattivo del denaro od utilità indebitamente ottenute, attraverso disposizioni di natura sostanziale e processuale, e l'applicazione di un'attenuante nel caso di collaborazione *post delictum*.

¹⁵¹ Cfr. A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015)*, in *Studium Iuris*, fascicolo 10, 2015, §1, p. 1115.

¹⁵² A tal riguardo si riportano le parole di C. F. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, secondo cui la riforma Severino si pone come "punto di avvio del processo riformatore piuttosto che come un suo punto di approdo".

La prima parte della nuova legge ha interessato soprattutto il settore dei reati contro la Pubblica Amministrazione¹⁵³; una prima sostanziale modifica è quella che ha riguardato i soggetti attivi del delitto di concussione, tra cui è stato reinserito l'incaricato di pubblico servizio, che era stato precedentemente eliminato dalla riforma del 2012; infatti, nella prospettiva del legislatore di allora, solamente il pubblico ufficiale, in quanto titolare di poteri autoritativi, sarebbe stato concretamente in grado di prevaricare il privato, costretto alla dazione o promessa per effetto del *metus publicae potestatis*, con la conseguenza che tutti gli abusi costrittivi dell'incaricato di pubblico servizio vennero ricondotte alle varie fattispecie di estorsione, violenza sessuale o violenza privata, aggravate dall'abuso dei poteri inerenti ad un pubblico servizio, di cui all'art. 61, n. 9 c. p. Tuttavia, sorgevano così delle irragionevoli disparità di trattamento sul piano sanzionatorio, soprattutto in riferimento al delitto di estorsione aggravata commesso dall'incaricato di pubblico servizio, in quanto nei suoi confronti poteva essere applicata la pena della reclusione dai 5 ai 10 anni, con possibile aumento fino ad un terzo, cioè una pena più grave rispetto a quella eventualmente irrogata al pubblico ufficiale responsabile di concussione, che, inoltre, poteva anche beneficiare della circostanza attenuante speciale di cui al nuovo co. 2 dell'art. 323-bis. Proprio per ovviare a questo problema, si è decisa la reintroduzione della figura in questione tra i soggetti attivi dell'art. 317, attribuendo di conseguenza al giudice il compito di individuare la disposizione più favorevole all'imputato da poter applicare ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge del 2012 ma precedenti alla nuova modifica del 2015¹⁵⁴.

¹⁵³ Il Capo I della legge riguarda “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 della legge 6 novembre 2012, n. 190”.

¹⁵⁴ Cfr. G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, § 1, p. 3 ss.

Ulteriore modifica è quella consistita nell'aggravamento delle sanzioni applicabili alla categoria di delitti interessata¹⁵⁵, innalzando per prima cosa i termini di durata delle pene accessorie, quali quelle previste dall'art. 32-*ter* (incapacità di contrattare con la PA, aumentandolo dai tre ai cinque anni), dall'art. 32-*quinqies* (estinzione del rapporto di lavoro o di impiego nel caso di condanna, che consegue alla condanna alla reclusione per un tempo non inferiore ai due anni, non più ai tre, come precedentemente stabilito) e dall'art. 35 (sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte, per cui si è aumentata la durata minima, che va dai 15 giorni ai 3 mesi, e quella massima, che va dai 2 ai 3 anni). Ha poi innalzato i limiti edittali delle pene principali per i delitti di peculato, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari e di induzione indebita a dare o promettere utilità. Ovviamente, quest'ultime novità hanno comportato diverse conseguenze, ad esempio sul regime dell'incandidabilità e della decadenza da cariche elettive e di governo di cui al d. lgs. N. 235 del 2012¹⁵⁶, come pure, se si considera l'aumento dei livelli minimi edittali, sull'applicazione delle pene accessorie di cui all'art. 317-*bis* e la conseguente distinzione, nei casi concreti, dell'applicazione della pena dell'interdizione perpetua ovvero temporanea dai pubblici uffici, limitata al solo

¹⁵⁵ Alcuni autori (cfr. V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in Dir. Pen. Cont., 2016, § 2.2.) sostengono che queste modifiche ai limiti edittali, che hanno interessato tanto le pene principali quanto quelle accessorie, sono frutto dell'idea, ancora radicata nel legislatore italiano, per cui sia sufficiente aumentare l'ammontare delle sanzioni per garantire una maggior efficienza delle norme incriminatrici, anche per rassicurare gli elettori sull'opera di repressione che si sta mettendo in atto di fronte a delle situazioni, quali quelle riguardanti i fenomeni corruttivi, ritenute dall'opinione pubblica allarmanti (basti pensare agli indici di percezione della corruzione formulati dal *Transparency International*, che attribuiscono all'Italia il 69esimo posto per percezione nella popolazione della corruzione, insieme a Bulgaria, Grecia e Romania, come riportato in M. PELISSERO, *"Nuove" misure di contrasto alla corruzione?*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 1, 2015).

¹⁵⁶ Dove l'art. 1, lett. b) stabilisce l'incandidabilità o comunque l'impossibilità a ricoprire la carica di deputato o senatore per chi abbia riportato una condanna definitiva alla pena della reclusione superiore a due anni per delitti, consumati o tentati, di cui al libro II, titolo II, capo I c. p.

caso in cui, per l'intervento di circostanze attenuanti, la pena della reclusione inflitta sia inferiore ai tre anni; se invece si considera l'aumento dei livelli edittali massimi, è possibile individuare delle conseguenze sul piano della prescrizione dei reati interessati dalla modifica, per ovviare alla circostanza che, dopo la l. n. 251 del 2005, i termini di decorrenza della prescrizione vengono identificati tenendo conto del massimo della pena edittale per ciascun reato e non più in base alla gravità del fatto commesso (ciò, di fatto, aveva determinato un'inefficienza della disciplina di repressione dei reati di corruzione, molto spesso dichiarati estinti per sopraggiungere del termine di prescrizione).

Per quanto riguarda, invece, i delitti correlati a quelli di corruzione, quali quelli in materia di criminalità organizzata e false comunicazioni sociali, la legge ha predisposto, nel primo caso, all'art. 5, un aumento di tutti i limiti edittali di pena previsti per il reato di associazione di tipo mafioso, anche straniera, di cui all'art. 416-*bis* c. p.¹⁵⁷, mentre, nel secondo caso, la riforma ha riformulato completamente la fattispecie di cui all'art. 2621 c. c., facendole assumere nuovamente quel ruolo di norma cardine all'interno della disciplina penale societaria, eliminando tutte quelle barriere che erano state apposte in occasione della riforma dei reati societari del 2002, quale la previsione di soglie di punibilità, che di fatto limitavano l'esercizio dell'azione penale nel caso di mancato superamento, o, ancora, la semplificazione dell'elemento soggettivo del reato, non più costituito dal dolo generico (in riferimento a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie), affiancato a quello intenzionale (per quanto riguardava l'induzione in errore dei destinatari della comunicazione) e a quello specifico di conseguimento dell'ingiusto profitto, bensì dal dolo generico, accompagnato dal dolo specifico del conseguimento del profitto ingiusto; ha poi introdotto due ipotesi di trattamento sanzionatorio più favorevole al reo, quali il nuovo art. 2621-*bis*, rubricato "fatti di lieve entità" e il nuovo art. 2621-*ter*, rubricato "non punibilità per particolare tenuità" e modificato

¹⁵⁷ La formulazione attuale della norma prevede l'applicazione della pena della reclusione da dieci a quindici anni per chi fa parte dell'associazione (co. 1), da dodici a diciotto anni per chi la promuovono, la dirigono o la organizzano (co. 2) e da dodici a venti anni, nei casi del co. 1, ovvero dai quindici ai ventisei anni, per i casi di cui al co. 2, se l'associazione è armata, ai sensi del co. 4.

la formulazione dell'art. 2622 c. c., dedicato alle false comunicazioni sociali in materia di società quotate.

La legge n. 69 è intervenuta sul versante del sistema sanzionatorio penale non solamente in un'ottica repressiva, ma anche con l'obiettivo di tutelare gli interessi delle amministrazioni lesi dalla commissione di alcuni specifici reati. Per questa ragione, ha disposto il recupero coattivo delle somme o delle utilità indebitamente ottenute, la cui applicazione può avere delle ripercussioni anche sugli istituti dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, di cui all'art. 444 c. p., e della sospensione condizionale della pena, di cui all'art. 165 c. p.

In particolare, la riforma ha introdotto il nuovo art. 322-*quater*, rubricato "riparazione pecuniaria", con cui si prevede che *"con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-*quater*, 320 e 322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno"*.¹⁵⁸ Si tratta di una vera e propria sanzione pecuniaria, che si va ad aggiungere alle pene detentive principali, alle pene accessorie come alla confisca, anche per equivalente, di cui all'art. 322-*ter* c. p.¹⁵⁹, introdotta per garantire una maggior efficacia general-preventiva e retributiva del sistema sanzionatorio dei reati di corruzione, che trova applicazione esclusivamente nei confronti del pubblico agente che si sia reso responsabile di uno dei fatti di reato indicati nella disposizione, che abbia effettivamente percepito il denaro, non potendosi applicare la pena nel caso in cui si sia solo limitato all'accettazione della

¹⁵⁸ Formulazione antecedente alla riforma n. 3 del 2019.

¹⁵⁹ La previsione di una pena pecuniaria ulteriore rispetto alla confisca di cui all'art. 322-*ter* viene vista con sospetto da alcuni autori (v. A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione*, op. cit., § 5, p. 1121), dal momento che anche la confisca, per come formulata, si configura come pena pecuniaria, piuttosto che una misura di sicurezza, con la conseguenza che la loro applicazione congiunta determinerebbe un'inaccettabile duplicazione sanzionatoria, soprattutto se si considera che il legislatore non ha in alcuna disposizione previsto la loro alternatività.

promessa, senza ottenere la somma indebita; per quanto riguarda poi il richiamo alle fattispecie di corruzione, poiché manca il riferimento all'art. 321 c. p., si deduce la volontà del legislatore di non applicare la sanzione al privato corruttore; tuttavia, si ritiene che la norma non possa applicarsi neanche al privato indotto o al corruttore nel caso di corruzione internazionale, di cui all'art. 322-bis, in quanto, tenendo conto del tenore letterale della norma, è possibile notare come questo si riferisca alla somma "pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto" dal soggetto pubblico, e non al vantaggio che il privato ha tratto dal reato¹⁶⁰¹⁶¹.

Sicuramente, la novità più significativa della legge 69 del 2015 è l'aggiunta all'art. 323-bis c. p., rubricato "circostanza attenuante"¹⁶², di un co. 2., per cui "*Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi*".

¹⁶⁰ Cfr. V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, op. cit., § 3.1., p. 8 ss.

¹⁶¹ A ciò si aggiunge anche l'art. 165 c. p. che, a seguito della riforma, prevede un nuovo co. 4, per cui l'applicazione della sospensione condizionale della pena, nei casi di condanna per i reati di peculato, concussione, corruzione ex art. 318, 319, 319-ter e 319-quater, corruzione da parte di un incaricato di pubblico servizio e corruzione internazionale, è subordinata al "*pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta*", lasciando in ogni caso inalterato il diritto al risarcimento del danno; a sua volta, la riparazione pecuniaria ha inciso anche sulla disciplina del patteggiamento ex art. 444 c. p. p., dal momento che il nuovo co. 1-ter stabilisce che "*nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322-bis del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato*".

¹⁶² Il co. 1 della norma prevede una diminuzione di pena "*se i fatti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-quater, 320, 322, 322-bis e 323 sono di particolare tenuità*". Si tratta di una circostanza speciale indefinita che si applica quanto il reato abbia determinato, in concreto, un impatto complessivamente esiguo sul bene tutelato.

Si tratta di una circostanza attenuante ad effetto speciale, che trova applicazione nel caso in cui il colpevole di uno dei reati richiamati nella disposizione ponga in essere una delle condotte di collaborazione *post delictum* considerate, riferibili tanto al soggetto pubblico quanto al privato.

Già da una sua prima lettura, è possibile capire come sia una circostanza dettata da una logica fortemente utilitaristica, improntata alla volontà di rompere l'accordo corruttivo instaurato tra le parti, incentivando una condotta collaborativa che verrà ricompensata con una consistente diminuzione di pena. L'idea che sta dietro alla sua formulazione non è nuova nella decennale lotta ai reati di corruzione, in quanto, già nel periodo immediatamente successivo a Tangentopoli, si era avvertita la necessità di introdurre misure premiali volte a favorire la rottura del vincolo di solidarietà che lega corrotto e corruttore e che, di fatto, impedisce la scoperta del delitto, alimentandone la "cifra oscura", anche se, in quel frangente, la proposta di Cernobbio si era soffermata su una scelta più radicale di quella adottata con la legge del 2015, quale la previsione di una causa di non punibilità per il corrotto o corruttore che avessero denunciato spontaneamente il fatto entro tre mesi dalla sua commissione¹⁶³; il legislatore del 2015, invece, ha optato per la circostanza attenuante speciale, modellata tenendo in considerazione la legislazione dell'emergenza e le numerose disposizioni premiali emerse nel corso degli ultimi trent'anni nell'ordinamento, quali premi per la collaborazione processuale applicati a coloro che si fossero dissociati dal terrorismo o avessero collaborato con l'autorità giudiziaria¹⁶⁴, disposizioni più favorevoli in materia di traffico di sostanze stupefacenti e di sequestro di persona a scopo di estorsione fino ad arrivare, in anni più recenti, a disposizioni di favore in materia di delitti ambientali¹⁶⁵; come

¹⁶³ Si rimanda a quanto detto nel § 2.2.2. *Lo scandalo di Tangentopoli e la proposta di Cernobbio del 1994*.

¹⁶⁴ V. cap. I, § 1.2., 1.3, 1.4., sulla legislazione premiale degli anni '70-'90.

¹⁶⁵ Ci si riferisce all'art. 452-*decies* c. p., introdotto con la l. 68 del 2015, che prevede una diminuzione di pena prevista per i delitti ambientali dalla metà ai due terzi se il colpevole si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e al ripristino dello stato dei luoghi, se possibile, nonché diminuite da un

accaduto, infatti, in quelle situazioni, anche in occasione della riforma del 2015 il legislatore ha previsto, come contraltare all'inasprimento delle pene, l'applicazione di trattamenti più favorevoli per chi si sia ravveduto *post delictum*, garantendo una rottura del sodalizio criminale¹⁶⁶.

La circostanza richiama tre distinte condotte, previste in forma alternativa, che il colpevole deve porre in essere perché possa trovare applicazione: l'adoperarsi efficacemente per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, l'adoperarsi per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero adoperarsi per il sequestro delle somme o di altre utilità trasferite.

Per quanto riguarda la prima condotta, la disposizione prevede che il colpevole di uno dei reati richiamati eviti che il fatto delittuoso provochi delle conseguenze dannose al bene giuridico dell'imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, non permettendo, cioè, l'esecuzione del patto corruttivo.

Una prima questione è sorta in riferimento all'individuazione delle "conseguenze ulteriori" del delitto, che la dottrina individua nella dazione di denaro od altra utilità a seguito della promessa, qualificata come *post factum* non punibile, dal momento che non assume alcuna rilevanza nella determinazione del momento consumativo del reato, che in ogni caso viene fatto coincidere con il raggiungimento dell'accordo tra le parti, per cui anche impedire che si effettui la dazione può configurarsi come attività idonea ad "evitare che l'attività delittuosa sia portata a

terzo alla metà per chi aiuti concretamente l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di cose rilevanti per la commissione dei delitti.

¹⁶⁶ L'introduzione di una simile previsione non era avvenuta con la riforma del 2012 non per una semplice svista del legislatore, quanto, piuttosto, perché in molti avevano guardato con sospetto all'introduzione di norme di questo tipo, soprattutto perché non ritenute idonee a prevenire e reprimere in maniera efficace il fenomeno corruttivo (cfr. V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte con la legge n. 69 del 2015*, op. cit. § 2.5. p. 10). Tuttavia, a partire dall'applicazione della legge anticorruzione, cominciarono ad emergere sempre più delle voci favorevoli all'introduzione di benefici premiali nell'ambito dei reati di corruzione (v. M. PELISSERO, *La nuova disciplina dei reati di corruzione tra repressione e prevenzione*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, op. cit., Torino, 2013).

conseguenze ulteriori”¹⁶⁷; tuttavia, guardando alla formulazione letterale della norma, non sembrerebbe sufficiente a configurare la circostanza attenuante il semplice fatto che il reo non abbia effettuato la dazione, poiché sarebbe necessario un comportamento attivo per evitare che il corrotto ottenga l’utilità. Inoltre, la prima condotta non viene accompagnata da alcun tipo di specificazione sulle modalità con cui effettuare l’attività di ausilio, motivo per cui si ritiene che potrà rilevare qualsiasi tipo di aiuto, a prescindere dalla forma con cui viene prestato, che sia oggettivamente idoneo a impedire le conseguenze ulteriori del reato, non essendo richiesto che questo obiettivo venga effettivamente conseguito¹⁶⁸; è, quindi, sufficiente che il comportamento tenuto sia configurabile come contributo concretamente utile ed efficace a raggiungere l’obiettivo fissato¹⁶⁹.

In riferimento alla seconda condotta, il richiamo all’assicurazione delle prove e all’individuazione degli autori del reato fa emergere la finalità processuale per cui è stata prevista, in quanto riconosciuta ogniqualvolta un soggetto fornisca un contributo probatorio idoneo a produrre degli effetti sulle indagini o sul processo; la disposizione, a differenza di altre norme premiali, quale ad esempio

¹⁶⁷ Cfr. C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell’art. 323-bis c. p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2015, per cui le conseguenze ulteriori individuano gli effetti del reato, quindi tutti quei fatti ricollegabili alla lesione o messa in pericolo del bene tutelato, di cui il reo, attraverso la propria condotta, in maniera diretta ed immediata, impedisce il progredire; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., per cui la condotta sembrerebbe limitarsi “alla non prosecuzione del delitto”.

¹⁶⁸ Con la conseguenza che l’attenuante sarà applicabile a chi abbia dato un contributo, rilevante e concretamente idoneo a raggiungere il risultato richiamato, che però non è stato tenuto in considerazione dall’AG. Ciò viene confermato anche dalla giurisprudenza (Cass. Pen. sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 18644, in riferimento alla circostanza attenuante di cui all’art. 73, co. 7 d. P. R. 309/1990) per cui “[nel]l’espressione “si adopera” può anche risolversi nel rendere dichiarazioni, che però non devono consistere in semplici chiamate in correità o in indicazioni generiche sulle modalità di consumazione del reato, ma devono possedere, quanto meno, una concretezza ed efficacia per fini investigativi, anche se non può essere richiesto un esito inequivocabilmente positivo delle indagini conseguenti”.

¹⁶⁹ Di conseguenza, non potrà applicarsi nel caso in cui le indagini abbiano portato alla formulazione di un quadro probatorio esaustivo, per cui il contributo del reo non sia concretamente in grado di aggiungere alcunché a quanto già emerso.

quella prevista dal co. 5 dell'art. 630 c. p., non richiede che le prove fornite abbiano il carattere della decisività, con la conseguenza che l'attenuante in commento potrà essere applicata in un maggior numero dei casi, anche tenendo conto della giurisprudenza che si è formata in riferimento al co. 5 dell'articolo citato, per cui le prove si qualificano come decisive se hanno fornito un aiuto determinante nelle indagini, non ritenendosi sufficiente un qualsiasi contributo che sia stato anche minimamente utile al conseguimento dell'obiettivo. In tal senso, la circostanza attenuante potrà operare solo se la collaborazione abbia inciso in qualche maniera nella raccolta di prove o nella individuazione di altri colpevoli.

La terza condotta prevede che il reo collabori per il sequestro delle somme o delle altre utilità trasferite, quindi troverà applicazione nei confronti di colui che metta a disposizione le somme di denaro o altre utilità che hanno costituito il prezzo del reato commesso.

In ogni caso, perché la circostanza attenuante possa operare, è necessario che l'ausilio prestato dal reo sia efficace, nel senso che consenta di raggiungere degli obiettivi significativi, che altrimenti non si sarebbero potuti conseguire, ovvero che non sarebbero stati conseguiti in quel modo; in ogni caso, spetterà al giudice verificare la sussistenza di queste caratteristiche, per decidere se riconoscere o meno l'attenuante nel caso concreto.

La circostanza, secondo alcuni autori¹⁷⁰, ha natura oggettiva¹⁷¹, in quanto la disposizione non richiede che la condotta posta in essere dal collaboratore sia spontanea¹⁷², mostrando di ritenere sufficiente il fatto che sia idonea a conseguire gli obiettivi richiamati; ciò mostra un cambiamento nella *ratio* che sta dietro l'applicazione di simili disposizioni, dal momento che non si guarda più alla meritevolezza morale, quanto alla necessità di fronteggiare e sconfiggere un fenomeno dilagante, quale è la corruzione, attraverso qualsiasi strumento, in

¹⁷⁰ Cfr. A. SPENA, *Dalla punizione alla repressione*, op. cit., § 4, p. 1120.

¹⁷¹ *Contra* M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit. p. 392, per cui la circostanza avrebbe natura soggettiva, in quanto basata, implicitamente, sulla diminuita capacità a delinquere del collaboratore.

¹⁷² Fatto che differenzia l'attenuante in esame da altre norme premiali, quali l'art. 56, co. 4 e l'art. 62, n. 6, c. p.

un'ottica principalmente utilitaristica ed efficientista, da cui discende l'irrilevanza dei motivi che hanno portato il soggetto a collaborare, potendo questa sua condotta essere motivata anche da sollecitazioni e pressioni da parte dell'Autorità stessa, come anche da un mero calcolo utilitaristico del colpevole.

L'attenuante, inoltre, si discosta da altre norme premiali per la mancata individuazione di un limite di tempo, entro cui le condotte richiamate debbano trovare applicazione, con la conseguenza che possono intervenire sia prima del giudizio, nel corso delle indagini, fino alla conclusione del giudizio, con sentenza definitiva.

Per quanto riguarda, infine, l'ambito applicativo, la norma richiama la maggior parte delle fattispecie di corruzione; il richiamo che desta più perplessità, dal punto di vista interpretativo, è quello all'art. 322-*bis*, in cui si incrimina la realizzazione internazionale anche di reati diversi dalla corruzione, quale il peculato o la concussione, non inseriti nel co. 2 dell'art. 323-*bis*; tuttavia, considerando che l'attenuante è stata introdotta principalmente per incentivare la rottura del vincolo solidaristico che lega le parti di un accordo corruttivo, si deve ritenere che il richiamo all'art. 322-*bis* sia limitato alle fattispecie di corruzione internazionale dalla stessa previste, anche se ciò non è stato chiarito dal legislatore, probabilmente a causa di una svista.

CAPITOLO III

LA PREMIALITA' NEL SISTEMA DELINEATO DALLA LEGGE N. 3 DEL 2019

Nonostante il legislatore sia intervenuto per ben due volte nel giro di pochi anni sulla disciplina della corruzione¹⁷³, dal punto di vista sia preventivo che repressivo, con l'intento di creare un sistema integrato, idoneo a combattere un fenomeno ritenuto dilagante nel nostro Paese, nel settembre 2018 il ministro della Giustizia ha presentato alla Camera il d. d. l. n. 1189, recante “misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”, ribattezzata dal Governo, con la evidente volontà di sottolinearne i pregi, riforma “spazza corrotti”, divenuta poi legge n. 3 del 9 gennaio 2019, che, per il tenore delle disposizioni, può essere efficacemente descritta attraverso un vero e proprio slogan, quale “*chi sbaglia paga: l'onestà conviene*”¹⁷⁴.

La riforma si è inserita nel solco tracciato dall'intervento legislativo del 2015, con l'intento di contrastare, in una vera e propria *escalation* repressiva¹⁷⁵, la corruzione ed altri reati contro la Pubblica Amministrazione, ritenuti “delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici che sociali”¹⁷⁶, considerando le misure introdotte all'esito

¹⁷³ Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, Editoriale, Arch. Pen., fascicolo 3, 2018, che parla a riguardo di interventi legislativi che seguono “la legge del moto riformatore perpetuo” che “accompagna il ritmo incessante di una persistente emergenza”, quale risulta essere la corruzione.

¹⁷⁴ Così D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione, e rieducazione all'insegna del “chi sbaglia paga, l'onestà conviene”*, in Giuri. Pen. Web, fascicolo 10, 2018.

¹⁷⁵ In questo senso V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in Dir. Pen. Cont., fascicolo 5, 2019, § 1.

¹⁷⁶ Così d. d. l. n. 1189 del 24 settembre 2018.

delle precedenti riforme insufficienti e inadeguate a fronteggiare un fenomeno criminoso di tali fattezze. La *ratio* della riforma è infatti l'applicazione di un sistema effettivo di lotta alla corruzione e ai loro autori, che, per la sua formulazione, trae spunto da altri settori dell'ordinamento, su cui è intervenuto il legislatore negli anni precedenti, per fronteggiare fenomeni particolarmente gravi, quali mafia, terrorismo e traffico di stupefacenti, auspicando che una riforma che si ispiri a quegli stessi principi sia in grado di estirpare le pratiche corruttive, allo stesso modo di come quelle disposizioni sono state ritenute in grado di contrastare efficacemente quelle emergenze.

La legge, nell'intento di affrontare in maniera decisiva il fenomeno corruttivo attraverso un'azione più penetrante dello strumento penalistico-repressivo, presenta una duplice linea di intervento: il versante sostanziale, con la modifica delle fattispecie di reato e l'inasprimento del complessivo apparato sanzionatorio, e il versante investigativo e processuale, attraverso il rafforzamento di strumenti già esistenti, quali le intercettazioni, e la predisposizione di nuovi, quali la previsione di agenti sotto copertura e di una causa di non punibilità, ideati per facilitare l'accertamento dei reati¹⁷⁷.

Dal punto di vista dell'intervento penalistico sostanziale, la legge prevede un aggravamento delle sanzioni accessorie¹⁷⁸ per quanto riguarda la loro durata e un ampliamento del loro ambito applicativo, fatto che, per alcuni autori¹⁷⁹, risulta

¹⁷⁷ A tal proposito, E. CARLONI, *L'anticorruzione tra prevenzione, manette e buonsenso*, in Dir. Pen. Cont., 4 marzo 2019, per cui, con la nuova riforma, sia stata legittimata una strategia anticorruzione basata sull'idea di "manette e buonsenso", quasi a richiamare la vecchia idea del bastone e della carota.

¹⁷⁸ Questa necessità, secondo quanto previsto nella relazione di accompagnamento al d. d. l., è risultata dall'inefficienza dei precedenti interventi legislativi sul trattamento sanzionatorio dei reati di corruzione, incentrato soprattutto sulla modifica dei limiti edittali di pena principale, fatto che ha determinato, in sostanza, delle ripercussioni solo sul versante della prescrizione, ma che, in termini di deterrenza, si è dimostrato essenzialmente inutile; è sembrato invece più idoneo un intervento sulle pene accessorie, in quanto ritenute strumento di deterrenza più efficace, poiché più incisivo della pena principale.

¹⁷⁹ Cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, op. cit., § 6, p. 271.

sintomo della volontà del legislatore di creare uno statuto penale “specializzato” della Pubblica Amministrazione. Inoltre, si è intervenuti su questo piano con l’intento di rendere comunque effettiva la loro operatività, anche nel caso in cui intervengano istituti quali la sospensione condizionale, il patteggiamento o la riabilitazione.

Il primo intervento rilevante riguarda l’art. 32-*quater* (lett. c), rubricato “casi nei quali alla condanna consegue l’incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione”, per cui si sono individuati ulteriori reati, quali il peculato, la corruzione in atti giudiziari e il traffico di influenze illecite, prima esclusi, per cui la condanna determina l’applicazione della pena accessoria.

Per quanto riguarda l’art. 317-*bis* c. p.¹⁸⁰(lett. m) la riforma prevede la sostituzione del testo previgente con uno nuovo, secondo cui “*La condanna per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis importa l’interdizione perpetua dai pubblici uffici e l’incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Nondimeno, se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall’articolo 323-bis, primo comma, la condanna importa l’interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni. Quando ricorre la circostanza attenuante prevista dall’articolo 323-bis, secondo comma, la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni*”.

Viene così ampliato l’ambito applicativo della norma, ora individuato in un’ampia fetta dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, tra cui rientrano anche gli artt. 320 e 321, nonché aggiunta alla pena dell’interdizione dai pubblici uffici e dell’incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione. Ha

¹⁸⁰ La formulazione pre- riforma prevedeva l’applicazione della pena dell’interdizione perpetua dai pubblici uffici nel caso di condanna per i reati di peculato, concussione, corruzione per atto contrario e corruzione in atti giudiziari, e di quella temporanea nel caso di condanna alla reclusione per un tempo inferiore ai tre anni

modificato anche la durata delle rispettive pene¹⁸¹, prevedendo l'applicazione perpetua delle stesse se, in riferimento al reato commesso, sia stata irrogata la pena della reclusione superiore ai due anni¹⁸², a meno che trovi applicazione la circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto (art. 323-*bis*, co. 1 c. p.) e, per quanto riguarda l'incapacità di contrattare con la PA, a meno che sia possibile ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; nel caso in cui si ricada nella situazione di temporaneità delle pene, la loro durata viene innalzata ad un minimo di 5 anni e al massimo di 7, lasciando la precedente forbice, pari ad 1- 5 anni¹⁸³, applicabile ai soli casi in cui debba trovare applicazione la circostanza attenuante speciale della collaborazione processuale, di cui all'art. 323-*bis*, co. 2 c. p.¹⁸⁴. La sanzione del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione viene anche prevista come misura interdittiva a scopo cautelare, applicata temporaneamente dal giudice, anche al di là dei limiti di pena previsti dall'art. 287, co. 1, c. p. p.¹⁸⁵, in tutti i casi in cui si proceda per uno dei delitti contro la P. A., fatto che aggrava ulteriormente la complessiva severità dell'apparato repressivo così delineato.

¹⁸¹ Alcuni autori (v. M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit, p. 141) ritengono questo aumento della durata delle pene "clamoroso".

¹⁸² La versione precedente stabiliva il limite di pena a tre anni.

¹⁸³ Tale limite di durata è previsto dall'art. 32-*ter* c. p., disposizione generale che disciplina l'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione, e che, nella formulazione antecedente, era implicitamente richiamata nell'art. 317-*bis*.

¹⁸⁴ Una delle questioni più critiche riguardanti la norma è stata evidenziata nel parere del CSM sulla riforma; qui (in particolare, § 4.1 p. 15) si mostra come vi sia un'incongruenza tra la modifica dell'art. 317-*bis*, che individua il nuovo regime delle pene accessorie per i delitti contro la PA, e la mancata modifica dell'art. 323-*bis*, co. 2, che viene richiamato nella disposizione quale condizione per attribuire carattere temporaneo alle pene per i reati ivi previsti; tuttavia, l'art. 323-*bis*, co. 2, stabilisce l'operatività dell'attenuante della collaborazione processuale limitatamente ad alcuni reati, lasciando invece esclusi delitti (quali il peculato, la concussione, la corruzione aggravata di cui all'art. 319-*bis* e il traffico di influenze illecite) che invece sono stati inseriti nell'elenco di cui all'art. 317-*bis*, con la conseguenza che per questi ultimi delitti la pena accessoria non potrà mai essere temporanea, non potendo in alcun modo operare la circostanza attenuante speciale della collaborazione, con conseguente irragionevole differenziazione sul piano sanzionatorio accessorio.

¹⁸⁵ Vale a dire la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

Tali novità, presentate propagandisticamente dal Governo come il “daspo a vita” per i corrotti, sono state introdotte con l’intento di allontanare una volta per tutte il reo dal circuito in cui ha delinquito, ritenendolo inidoneo a compiere quelle attività, anche per un lasso di tempo non definito. Ovviamente, si tratta di scelte non da tutti condivise¹⁸⁶, in quanto si ritiene che sussista un contrasto tra proposte formulate e i principi costituzionali di proporzionalità delle pene e quello, ad esso correlato, della loro finalità rieducativa¹⁸⁷; in più, si contesta come tali norme non abbiano minimamente tenuto conto degli orientamenti emersi nella più recente giurisprudenza costituzionale, la quale sostiene la possibilità di prevedere delle pene accessorie che abbiano anche durata diversa rispetto a quella dettata per le pene principali, purché venga garantita “la compatibilità delle pene accessorie di natura interdittiva con il volto costituzionale della sanzione penale”, il che può avvenire solamente facendo sì che “esse *non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di rieducazione del reo* imposto dall’art. 27 della Costituzione”¹⁸⁸. Se quindi si vanno a comparare le nuove disposizioni in materia di pene accessorie, applicabili ai colpevoli di reati contro la Pubblica Amministrazione, con il citato orientamento, appare evidente il contrasto, poiché l’automatismo previsto nella loro applicazione, impedisce al giudice di andare ad individualizzare il trattamento sanzionatorio, precludendo l’apprezzamento sulle condizioni personali del condannato e sulla gravità del fatto commesso, risultando

¹⁸⁶ A tal riguardo, A. DE CARO (in *La legge c. d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l’attuale politica criminale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in Proc. Pen. e Giust., editoriale, fascicolo 2, 2019) parla di una “novella francamente sconcertante”, ritenendo che queste modifiche mostrino “il volto truce dello Stato”, comportando “la neutralizzazione della funzione rieducativa della pena e del principio di ragionevolezza”.

¹⁸⁷ Sul punto si richiamano le opinioni dei professori M. MASUCCI e G. L. GATTA, che già in merito alle disposizioni contenute nel d. d. l. avevano presentato alcune riserve proprio sotto l’aspetto del rispetto dei principi costituzionali.

¹⁸⁸ Corte cost., sent. N. 222 del 5 dicembre 2018, sull’art. 216, ult, co. R. D. 16 marzo 1942, n. 267, in materia di bancarotta fraudolenta, di cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale nel punto in cui prevede l’applicazione automatica delle pene accessorie interdittive “per la durata di dieci anni”.

sempre sproporzionate per eccesso, giustificando questa scelta con l'intento di attribuire una maggiore severità e rigidità al trattamento sanzionatorio, in nome di una maggiore certezza della pena, intesa come certezza della norma penale e delle conseguenze legali che derivano dalla commissione del reato¹⁸⁹.

Ulteriore modifica è quella apportata all'art. 322-*quater* c. p., in riferimento alla riparazione pecuniaria, per cui è stato esteso l'ambito di operatività, con una scelta che conferma la volontà di creare un sistema di severa repressione dei fenomeni corruttivi.

Nella sua nuova formulazione, la norma prevede l'estensione dell'obbligo di riparazione pecuniaria anche al privato corruttore e il mutamento del parametro in base al quale individuare l'ammontare della somma da restituire, ora "*equivalente al prezzo o al profitto del reato*", assimilandolo a quello richiesto per la confisca, di cui all'art. 322-*ter* c. p.; tale modifica ha portato la dottrina ad interrogarsi¹⁹⁰ sulla problematica questione della sovrapposizione tra le due sanzioni e sulla possibile violazione del *ne bis in idem* sostanziale; questo perché l'art. 322-*quater*, secondo diversi autori¹⁹¹, si configurerebbe come una vera e propria pena pecuniaria, come si evince dal fatto che prescinde da una richiesta del danneggiato e che venga sempre ordinata dal giudice penale, lasciando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno; a sua volta, la confisca di cui all'art. 322-*ter* c. p., che è sempre ordinata sui beni "*che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto*", si configura, secondo le

¹⁸⁹ Cfr. D. PULITANO', *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in Dir. Pen. Cont., fascicolo 3, 2019.

¹⁹⁰ Il problema si era già presentato nel 2015, quando la legge n. 69 aveva introdotto l'art. 322-*quater*.

¹⁹¹ V. A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., § 5; M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., p. 343 ss.

interpretazioni prevalenti¹⁹² non come una misura di sicurezza, come si potrebbe pensare riferendosi esclusivamente alla rubrica, quanto come una vera e propria sanzione, come dimostrato anche dalla stessa previsione della confisca per equivalente, allontanandosi così dal modello codicistico della confisca, di cui all'art. 240 c. p., con la conseguente applicazione di due sanzioni classificate diversamente, ma contenutisticamente uguali.

Ma, nonostante la vicinanza tra i due istituti, è possibile individuare delle piccole differenze; prima tra tutti, la considerazione per cui, contrariamente all'art. 322-*quater*, pensato esclusivamente in un'ottica punitiva, accentuata dall'estensione dei soggetti a cui viene applicata, la confisca di cui all'art. 322-*ter* ha invece una funzione non solo sanzionatoria, ma anche "equilibratrice", così come sostenuto dalla giurisprudenza penale tributaria¹⁹³, secondo cui la misura non opera quando il prezzo o il profitto dell'illecito sia stato già diversamente restituito; in altre parole, la riparazione *ex art. 322-*quater** vede l'indebito vantaggio come criterio per determinare la somma da restituire, mentre la confisca *ex art. 322-*ter** lo qualifica come oggetto della sanzione, con la conseguenza che, se questo viene meno, non sarà necessario procedere alla sua applicazione; a ciò si aggiunga anche che la riparazione troverà applicazione solo a seguito di una sentenza di condanna¹⁹⁴, mentre la confisca del prezzo o del profitto del reato è sempre prevista nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁹⁵.

¹⁹² Cfr. M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., ma anche la giurisprudenza avalla tale interpretazione (Cfr. Cass. Pen., S. U., 26 giugno 2015, n. 31617, in cui si è riconosciuto il "carattere afflittivo e sanzionatorio" della confisca per equivalente o di valore).

¹⁹³ Cfr. Cass. Pen., sez. III, 11 marzo 2011, n. 10120

¹⁹⁴ Ciò è stato chiarito dalla Cassazione (sez. VI, sent. 20 marzo 2019, N. 12541, cit.), per cui, in ossequio al tenore letterale della norma, la riparazione pecuniaria non può essere ordinata con la sentenza di applicazione della pena su richiesta *ex art. 444 c. p. p.*

¹⁹⁵ Per garantire una maggiore effettività della confisca *ex art. 322-*ter**; si è esteso anche a quest'ultima il potere che l'art. 578-*bis c. p. p.*¹⁹⁵ riconosce al giudice d'appello ovvero alla Cassazione riguardo la confisca allargata, di cui all'art. 240-*bis c. p.*, vale a dire quello per cui, nel caso di estinzione del reato a seguito di prescrizione o di amnistia, hanno la possibilità di decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, sempreché sia stata accertata la colpevolezza dell'imputato; si ritiene perciò che sia stata introdotta un'ulteriore ipotesi di "confisca senza

SEZIONE I

LA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ' EX ART.323-TER C. P.

Una delle novità più importanti apportate dalla legge “spazza corrotti” consiste nell’introduzione di una causa di non punibilità, di cui all’art. 323-ter c. p., in cui si stabilisce che *“Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell’utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all’indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell’agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell’articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146”*.

Secondo quanto si legge nella relazione che accompagna il d. d. l., la previsione si pone in continuità con la disciplina che ha ispirato la legge n. 179 del

condanna”, da applicarsi in conseguenza del semplice riconoscimento di responsabilità del reo, anche se non legata ad una condanna formale di giudici, la cui esistenza e legittimità è stata riconosciuta non solo dalla nostra giurisprudenza di legittimità, ma anche dalla Corte EDU¹⁹⁵; queste pronunce vanno così a ribaltare gli orientamenti, ritenuti consolidati, anche in forza della sentenza Lucci delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in cui si era esclusa la possibilità di applicare la confisca per equivalente in caso di intervenuta prescrizione, in quanto considerata vera e propria sanzione, e quindi, come tale, assoggettata al rispetto del principio di legalità, di colpevolezza e alla presunzione di non colpevolezza, che richiede la necessità di una condanna definitiva per applicare la pena.

2017, in materia di *whistleblowing*¹⁹⁶, con l'intento di individuare nuovi strumenti investigativi che siano in grado di garantire un accertamento e una repressione più efficace del fenomeno corruttivo e para- corruttivo¹⁹⁷.

La *ratio* dell'inedita causa di non punibilità si ricollega ad un duplice scopo¹⁹⁸, perseguito dal legislatore: il primo, di tipo special- preventivo, volto a rompere il vincolo di solidarietà che lega i soggetti che hanno stipulato il *pactum sceleris* a consentire l'acquisizione di prove, che altrimenti rimarrebbero sconosciute, consentendo così di reprimere in maniera effettiva questi reati; il secondo, è di tipo general- preventivo, e consiste nella prevenzione di tale tipologia di condotte, attraverso l'introduzione, nel rapporto illecito tra le parti, di un fattore di insicurezza, tale da rompere il vincolo di fiducia reciproca¹⁹⁹, facendo sì che la

¹⁹⁶ Per una trattazione più approfondita si rimanda al Cap. IV.

¹⁹⁷ Diversi autori (cfr. per tutti A. PAOLETTI, *Legge "spazzacorrotti": prime riflessioni*, cit., § 4, p. 9) hanno parlato, in riferimento a questa specifica previsione normativa, di "pentitismo", sottolineando la volontà del legislatore di assimilare i reati di corruzione a quelli commessi nell'ambito delle organizzazioni terroristiche e mafiose, resa evidente non solo dalla modifica dell'art. 4-*bis* ord. pen. o della disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 267 c. p. p. (in riferimento a ciò, la legge ha stabilito che sia sempre possibile procedere alle intercettazioni mediante captatore informatico su dispositivi portatili nei procedimenti riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; ha inoltre abrogato il co. 2 dell'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017, che disponeva l'impossibilità di effettuare le intercettazioni mediante captatore informatico se non vi era motivo di ritenere che si stesse svolgendo l'attività criminosa, prevedendo così che, per contrastare questi reati, sia possibile effettuare un monitoraggio continuo delle comunicazioni dei funzionari pubblici, anche prescindendo dal fatto che all'interno del domicilio si stia svolgendo l'attività criminosa, analogamente a quanto disposto dalla legge in materia di criminalità organizzata) ma soprattutto dalla previsione di una causa di non punibilità in favore del corrotto o corruttore collaborante, che si va ad aggiungere alla speciale circostanza attenuante di cui all'art. 323-*bis* co. 2 c. p.

¹⁹⁸ Così nel d. d. l. n. 1189.

¹⁹⁹ Tale vincolo sarebbe rafforzato anche dalle attuali previsioni sanzionatorie in materia di corruzione; infatti, la comunanza dei destini di corrotto e corruttore, per alcuni autori (v. per tutti M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., p. 395 ss.) consoliderebbe il loro legame e rafforzerebbe la loro volontà di occultare l'accordo, motivo per cui un diverso destino per i due autori, dal punto di vista sanzionatorio, sarebbe da preferire, in quanto garantirebbe una più facile

stessa stipulazione dell'accordo criminoso si configuri come pericolosa, dato il suo esito incerto. Questo scopo però, nonostante gli interventi legislativi degli anni precedenti, non era mai stato raggiunto, il che era stato dimostrato anche dalla scarsa applicazione della circostanza attenuante speciale della collaborazione processuale²⁰⁰, di cui al co. 2 dell'art. 323-*bis*, introdotta con la l. n. 69 del 2015, che non aveva ritenuto opportuno introdurre una causa di non punibilità sopravvenuta, soprattutto per le tante opposizioni che questa scelta avrebbe generato in gran parte della dottrina, così come accaduto per la proposta di Cernobbio del 1994.

La nuova legge, invece, nell'ottica della repressione totale dei reati di corruzione e dei reati ad essi connessi (cd. para-corruttivi), ha ripreso le proposte che erano state elaborate nel 1994, facendo leva sulla resipiscenza del corrotto o del corruttore²⁰¹, effettuando qualche modifica nella previsione della nuova causa di non punibilità e cercando di ovviare a tutte quelle problematiche che erano state sollevate allora dalla dottrina²⁰² attraverso l'introduzione di una disciplina puntuale, in cui vengono dettate delle stringenti condizioni per la sua applicabilità.

rottura dell'accordo e, di conseguenza, una maggiore possibilità di scoperta del reato e di prevenzione di eventuali futuri accordi.

²⁰⁰ In R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c. p.* (in Dir. Pen. Cont., fascicolo 6, 2019, § 1) si riporta che nel massimario della Cassazione non vi sono né massime che si sono espresse sull'attenuante in commento né sentenze di merito; l'unica applicazione documentata si ricollega alla vicenda Consip s. p. a., in cui è stata applicata ad un ex funzionario che aveva collaborato con l'AG.

²⁰¹ La scelta di una premialità per la condotta di collaborazione per entrambi i partecipanti all'accordo corruttivo viene criticata da parte della dottrina, che facendo leva sulle ragioni prettamente utilitaristiche che giustificano tale previsione, ritiene che sarebbe stato preferibile riferirla al solo privato corruttore, per raggiungere più efficacemente l'obiettivo prefissato (cfr. M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsystema delle fattispecie di corruzione*, in Cass. Pen., fascicolo 1, 2019, § 5).

²⁰² Si pensi alle critiche avanzate in occasione del convegno "Proposte per la lotta alla corruzione", Università degli studi di Milano, 14 settembre 1994, (in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.) da F. SGUBBI, cit., G. M. FLICK, cit ed altri; per una critica più recente S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit.,

1. La determinazione dell'area della non punibilità.

Partendo dall'analisi dell'ambito applicativo della norma, si rileva come questa richiami tutte le fattispecie di corruzione, anche quelle commesse in ambito internazionale, *ex art. 322-bis c. p.*, e le fattispecie para-corruttive, quali l'induzione indebita a dare o promettere utilità, *ex art. 319-quater c. p.*, e quelle preposte alla correttezza delle procedure ad evidenza pubblica (turbata libertà degli incanti, di cui all'*art. 353 c. p.*, turbata libertà di scelta del contraente, di cui all'*art. 353-bis c. p.* e astensione dagli incanti, di cui all'*art. 354 c. p.*); inoltre, per una maggiore completezza, la norma richiama anche gli *artt. 320 e 321 c. p.*

Tuttavia, l'aver previsto una simile area della non punibilità ha destato qualche perplessità, in quanto si presentano una serie di incongruenze nella scelta di inserire nel catalogo dei reati presupposto alcune fattispecie lontane dal paradigma dei reati plurisoggettivi a concorso necessario (quali, invece, sono i reati di corruzione), e di escluderne altri, con delle notevoli conseguenze per il soggetto che potrebbe beneficiare della disposizione premiale.

Una prima puntualizzazione riguarda la scelta di inserire una norma premiale in materia di corruzione senza procedere all'abrogazione della concussione, in discontinuità con quanto era stato proposto nel 1994²⁰³; questo fa sì che si crei una disparità di trattamento tra il privato e il pubblico funzionario che intenda procedere alla denuncia del fatto per vedersi riconoscere la non punibilità; se, infatti, il privato corruttore ha la possibilità, con l'autodenuncia, di avvalersi della norma premiale, nel caso in cui sussistano tutte le condizioni stabilite dalla legge, al contrario il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio corre il rischio che la sua condotta venga configurata non come corruzione, ma, piuttosto, come concussione, alla cui denuncia, però, non segue mai la non punibilità.

Si tratta di una questione molto delicata che però il legislatore non ha affrontato, il che avrà delle ripercussioni sul piano pratico, soprattutto quando ci si dovrà confrontare con situazioni dubbie, quali quelle riguardanti la qualificazione

²⁰³ Si ricorda che il Progetto di Cernobbio del 1994 rappresenta il punto di riferimento utilizzato dal legislatore del 2019 per elaborare la nuova causa di non punibilità, così come affermato anche nella relazione di accompagnamento al d. d. l.

del fatto come concussione o induzione indebita (che, a differenza della prima, rientra nell'ambito applicativo della non punibilità). Anche dal punto di vista del privato denunciante si pongono delle questioni in merito all'applicabilità della norma premiale, dal momento che vi sono alcuni reati c.d. "sentinella" della corruzione, quali, ad esempio, il falso in bilancio, che non rientrano nel catalogo contemplato dall'art. 323-ter, per cui il privato, in queste situazioni, potrebbe essere restio alla denuncia in quanto non certo di una successiva impunità²⁰⁴; se si considera, poi, che al giorno d'oggi la modalità più frequente di realizzazione dei fatti corruttivi passa proprio attraverso la commissione di reati a carattere societario e tributario, ne discende che la norma, nella pratica, avrà un'applicazione molto frammentaria, limitata agli episodi di corruzione a carattere isolato o con minore rilevanza, non potendo sperare di colpire fenomeni più penetranti.

Ulteriori perplessità sorgono in riferimento al richiamo ai reati preposti alla correttezza delle procedure ad evidenza pubblica, quali la turbata libertà degli incanti e la turbata libertà di scelta del contraente; questi reati, infatti, si caratterizzano per essere reati monosoggettivi e di pericolo, in cui, salvo il caso di concorso con altri reati, il reo non potrà denunciare altri corresponsabili ovvero restituire le utilità ottenute, ma, autodenunciandosi, potrebbe ugualmente beneficiare della non punibilità, con evidente disomogeneità rispetto alle altre situazioni contemplate, poiché andrebbe ad adempiere solo formalmente agli obblighi sanciti dall'art. 323-ter, senza però aver effettivamente giovato all'attività investigativa. Questa scelta, in ogni caso, è espressione della volontà legislativa di combattere la corruzione in ogni suo frangente, cercando di far emergere il circuito

²⁰⁴ Questa lacuna nell'individuazione dei reati presupposto è messa in evidenza da A. CISTERNA, *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, in *Guid. Dir.*, fascicolo 7, 2019, p. 71 ss., il quale mostra come, in riferimento ai reati cd. sentinella della corruzione, il colpevole di un reato di corruzione, che, grazie alla collaborazione prestata a norma dell'art. 323-ter beneficia della causa di non punibilità, potrebbe, a seguito della denuncia presentata, essere imputato per gli ulteriori reati connessi, per cui il premio non è previsto; ciò porterebbe presumibilmente ad una inefficacia della previsione di nuovo conio, in quanto, in ogni caso, il soggetto colpevole di più fatti corruttivi e para-corruttivi non potrà sottrarsi alle contestazioni riguardo quest'ultimi, motivo per cui potrebbe fin dall'inizio decidere di non collaborare in alcuna maniera con l'Autorità.

criminale in cui si sviluppa tutto il meccanismo delle tangenti, nell'ottica di un progressivo indebolimento dell'intero sistema.

Il catalogo dei reati presupposto, oltre a delle eccedenze, presenta, però, anche delle lacune, *in primis* in riferimento al delitto del traffico di influenze illecite, di cui all'art. 346-*bis* c. p., nonostante la sua inclusione fosse stata inizialmente prevista nel d. d. l.; la sua eliminazione, in sede di approvazione, desta molte perplessità, dal momento che risulta in contrasto con la *ratio* della non punibilità, che, nel nome di una lotta senza eguali a tutti i fatti di corruzione, avrebbe dovuto essere applicata anche ai fatti ad essa prodromici, puniti dalla norma poi scartata.

L'art. 323-*ter* non richiama neanche il delitto di istigazione alla corruzione, di cui all'art. 322 c. p., e quello di corruzione tra privati, di cui all'art. 2635 c. c., che pure è stato oggetto di modifica nella stessa sede; innanzitutto si potrebbe ritenere coerente la scelta di escludere, dai reati presupposti, l'art. 322 c. p.²⁰⁵, perché altrimenti si sarebbe garantito a chi ha tentato di portare a termine l'accordo, alla cui stipulazione non si è giunti per il rifiuto della controparte, di godere dell'impunità solo a seguito della denuncia del fatto; problematica, invece, la scelta di escludere la premialità per il denunciante reso responsabile del reato di corruzione tra privati, dal momento che, così facendo, si è creata una risposta diversa da parte dell'ordinamento a fenomeni corruttivi sostanzialmente assimilabili in termini di offensività, dipendente dal fatto che il reato sia stato commesso nell'ambito pubblicistico della P. A. o privatistico dell'impresa.

Alla molteplicità dei reati presupposti a cui è astrattamente applicabile la causa di non punibilità, fanno da contraltare le stringenti condizioni di operatività della norma²⁰⁶, plurime e concorrenti, che dimostrano l'eccezionalità della disposizione e, contemporaneamente, la volontà di limitare il rischio di eventuali

²⁰⁵A favore della scelta R. CANTONE, A., MILONE, *Prime riflessioni*, cit., § 3, p. 13; *contra* V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 5.2, p. 264, per cui la causa di non punibilità sarebbe applicabile anche alla fattispecie di cui all'art. 322 in virtù del principio di analogia, che garantirebbe l'estensione della norma, in quanto *in bonam partem*.

²⁰⁶Per V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 5.2, p. 265, questa formulazione comporterebbe una limitata applicazione della norma, rendendola sostanzialmente non operativa.

strumentalizzazioni della stessa. A tal proposito, bisogna distinguere i primi due commi, che stabiliscono le condizioni di applicabilità, e il terzo comma, che invece ne fissa i limiti negativi.

2. Le condizioni di applicabilità.

Il co. 1, in particolare, dopo aver delineato i reati presupposto, stabilisce i limiti temporali e le modalità di denuncia, a cui può seguire il riconoscimento della non punibilità per il fatto commesso.

Per quanto riguarda i limiti temporali, la norma prevede che la denuncia debba intervenire “*prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi²⁰⁷ dalla commissione del fatto*”; questa connessione temporale che viene così determinata tra la commissione del fatto e la sua denuncia è giustificata dalla volontà di reprimere in maniera più efficace l’illecito, ma anche di garantire una tutela, seppur tardiva, del bene giuridico precedentemente leso, attraverso una sorta di “regressione dell’offesa”. Da ciò la previsione di un limite massimo di quattro mesi dalla commissione del reato per effettuare l’autodenuncia.

Tuttavia, si pone il problema dell’individuazione del *dies a quo* del termine, da ricollegare al dibattito scaturito intorno alla determinazione del momento consumativo dei reati di corruzione²⁰⁸; questo, infatti, secondo la giurisprudenza, è da ricollegare al momento in cui avviene, a seguito di promessa, l’effettiva dazione e ricezione dell’utilità²⁰⁹, mentre, per la dottrina, è da individuare nel semplice

²⁰⁷ Nel d. d. l., il termine di denuncia era individuato in sei mesi, per essere poi sostituito, in sede di approvazione, con il termine attualmente stabilito, senza però giustificare la modifica, il che fa ritenere che il legislatore abbia individuato il termine in maniera del tutto casuale (cfr. V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit. § 5.2, p. 265).

²⁰⁸ Problema che non sorge per gli altri reati richiamati dalla norma, dove la consumazione coincide con la commissione del fatto.

²⁰⁹ In particolare, la giurisprudenza guarda al reato di corruzione come caratterizzato da un duplice schema, secondo cui vi sarebbe un primo, effettivo momento consumativo nella semplice accettazione della promessa (schema principale), con la conseguenza che l’eventuale, successivo adempimento della stessa, con la dazione dell’utilità, sposterebbe il momento consumativo in avanti, facendolo coincidere con l’ottenimento di quanto era stato promesso (schema sussidiario),

raggiungimento dell'accordo, essendo questo il momento in cui si verifica un'effettiva lesione del bene giuridico, qualificando il successivo adempimento della promessa come semplice *post factum* non punibile; tenendo in considerazione la *voluntas legis*, sarebbe da preferire quest'ultima interpretazione, anche perché l'applicazione dell'interpretazione giurisprudenziale determinerebbe delle strumentalizzazioni della norma, poiché gli autori del reato di corruzione, postergando volontariamente il momento del pagamento o della dazione dell'utilità, sarebbero in grado di individuare a loro piacimento il momento di decorrenza del *dies a quo*, rendendo così inefficace la previsione²¹⁰.

In ogni caso, è possibile che il responsabile dei reati richiamati abbia a disposizione un tempo minore ai quattro mesi, per usufruire della causa di non punibilità, poiché l'art. 323-ter stabilisce, quale termine ulteriore per l'autodenuncia, quello in cui in soggetto abbia avuto conoscenza delle indagini avviate nei suoi confronti²¹¹; si tratta di una previsione tesa ad evitare delle strumentalizzazioni della norma, ritenendo che la consapevolezza dello svolgimento delle indagini da parte del reo condizioni la volontarietà del ravvedimento, che, in tale ipotesi, sarebbe determinato esclusivamente dall'intenzione di evitare il processo penale. Di conseguenza, per individuare il termine per l'autodenuncia, sarà necessario verificare se e quando il soggetto abbia avuto notizia dell'indagine svolta nei suoi confronti; a tal proposito, si sostiene che

determinando, così, una progressione del reato, con l'intento di differire il più possibile l'estinzione del reato per prescrizione; accoglie questa interpretazione, individuando il momento consumativo nella dazione o ricezione dell'utilità promessa F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c. p.*, in magistraturaindidente.it.

²¹⁰ Cfr. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit., § 4, p. 15.

²¹¹ Diversamente, nel disegno di legge si fissava il termine dell'iscrizione a carico del denunciante della notizia di reato nell'apposito registro; per molti (cfr. per tutti A. CAMON nelle opinioni al d. d. l.) tale riferimento avrebbe potuto andare a discapito del denunciante, poiché la tempestività della denuncia sarebbe dipesa da un atto discrezionale del pubblico ministero, essendo dipesa esclusivamente sulla rapidità con il quale lo stesso abbia proceduto all'annotazione, senza contare che avrebbe potuto essere un facile metodo di ricatto per ottenere dal colpevole le informazioni utili alle indagini.

la “notizia” delle indagini possa essere costituita sia dalle notizie ufficiali, quale l’informazione di garanzia *ex art. 369 c. p. p.*, che da quelle informali, come quelle apprese attraverso la stampa; a tal riguardo, la disposizione non risulta chiara, tanto che sono state date diverse soluzioni: la prima²¹² sostiene una nozione ampia di “notizia delle indagini”, affermando che, altrimenti, si vanificherebbe la stessa previsione normativa; la seconda²¹³, invece, si pone in una posizione intermedia, stabilendo che non si può interpretare le parole “avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini” come se si riferissero alla conoscenza formale del procedimento o comunque a momenti in cui sono ormai stati raccolti degli elementi probatori idonei all’accertamento della responsabilità del reo, perché, altrimenti, verrebbe meno la stessa ragion d’essere della causa di non punibilità, ma, allo stesso tempo, non si può attribuire una rilevanza alla generica conoscenza dello svolgimento di indagini, poiché, espressamente, la norma si riferisce alle indagini a proprio carico²¹⁴; si richiede, quindi, che la notizia di cui si abbia avuto contezza sia precisa, cioè che il soggetto sia consapevole delle indagini svolte a suo carico per quello specifico reato per cui voglia autodenunciarsi. Ovviamente problematica è la prova dell’effettiva consapevolezza dello svolgimento delle indagini quando questa sia derivata da delle notizie informali; in tali ipotesi, spetterà all’A. G. provare l’effettiva conoscenza, nel caso in cui si voglia escludere l’applicazione dell’art. 323-*ter*, ma potrà anche essere provata dal reo, che voglia dimostrare la mancata intervenuta consapevolezza, per usufruire del premio. Ad ogni modo, i problemi interpretativi che sono stati sollevati in riferimento a questo secondo

²¹² V. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit., § 4, p. 15.

²¹³ Cfr. T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione: al nemico che fugge ponti d’oro*, in *Dicrimen*, 14 marzo 2019, § 3.1.

²¹⁴ Nella sua versione originale, la causa di non punibilità si escludeva nel caso in cui l’autodenuncia fosse stata presentata dopo l’iscrizione del nominativo dell’interessato nel registro di cui all’art. 335 c. p. p.; nel processo di approvazione, però, tale previsione venne meno, ritenendo che subordinare la non punibilità ad una collaborazione prima dell’iscrizione della notizia di reato avrebbe potuto comportare dei problemi applicativi, soprattutto nei casi in cui vi fossero state delle plurime iscrizioni, a carico di un solo individuo, in tempi diversi e da parte di diverse Procure.

limite temporale lasciano presumere una sua accessorietà rispetto al termine, più certo, dei quattro mesi decorrenti dalla commissione del reato.

Nei termini stabiliti, deve intervenire la denuncia del soggetto responsabile di uno dei reati di corruzione o ad essi affini, che deve avvenire con le modalità stabilite dalla legge. A tal proposito, l'art. 323-*ter* richiede una doppia resipiscenza, consistente in un'attività effettiva di collaborazione (co. 1) e nella restituzione di quanto ottenuto, ovvero, in caso di impossibilità, di una somma di denaro che abbia valore equivalente, oppure l'indicazione di elementi utili ad individuare l'effettivo beneficiario dell'utilità (co. 2).

Per quanto riguarda la prima forma di resipiscenza, si richiede che l'interessato denunci il fatto e fornisca le indicazioni utili ad individuare gli altri autori del reato, oltre che ad assicurare le prove dello stesso.

La disposizione prevede che ciò avvenga *volontariamente*; a tal fine, non è richiesto che la denuncia sia anche spontanea o che sia espressione di un effettivo pentimento, perché ciò che conta è che non sia stata determinata da un fattore esterno, ma che sia frutto di una decisione libera del reo²¹⁵; inoltre, la denuncia, secondo quanto stabilito dalle direttive emesse nel febbraio del 2019 dalla Procura di Roma e da quella di Napoli²¹⁶, non deve essere interpretato necessariamente in maniera letterale, come atto che presenti le caratteristiche individuate nell'art. 333 c. p .p., poiché è sufficiente anche il verbale di spontanee dichiarazioni o quello di assunzione di informazioni da parte della persona indagata con l'assistenza del difensore²¹⁷, prevedendo, in caso di assenza di quest'ultimo, che la dichiarazione

²¹⁵ Secondo F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., § 3.2, p. 5, nella definizione della volontarietà, sia necessario richiamare la giurisprudenza formatasi sulla desistenza volontaria, per cui si richiede una scelta “*non necessitata, ma operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne che rendono irrealizzabile o troppo rischioso il proseguimento dell'azione criminosa*” (Cass. Pen., sez. IV, 13 febbraio 2018, n. 12240, in *CED*, Cass. Pen. 2018); inoltre, ritiene non configurabile il requisito nel caso in cui la denuncia sia stata giustificata da intenti ritorsivi nei confronti della controparte dell'accordo corruttivo.

²¹⁶ Direttive, rispettivamente, del 21 e 20 febbraio 2019, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 marzo 2019.

²¹⁷ Per quanto riguarda le modalità di acquisizione della denuncia, le due direttive citate prevedono che della dichiarazione venga data immediata notizia al pubblico ministero, perché sia messo a

effettuata si limiti alle sue caratteristiche essenziali, per passare poi alla formulazione degli avvisi *ex art. 63 c. p. p.*

Per quanto attiene al contenuto della denuncia, questo viene individuato nelle “*indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili*”; si richiede, quindi, al reo di effettuare delle dichiarazioni da cui sia possibile comprendere la dinamica dei fatti, anche in riferimento al contributo che ha prestato, senza però che questa sia necessariamente specifica, in quanto ulteriori dettagli potranno essere aggiunti nel corso delle audizioni successive; perché, però, questo suo contributo possa garantire l’applicazione della causa di non punibilità è necessario che sia tale da accrescere gli elementi probatori in mano all’Autorità Giudiziaria, in maniera significativa e su questioni rilevanti del caso preso in considerazione²¹⁸, nonché necessariamente in grado di garantire anche l’individuazione degli altri responsabili, perché solo in questo modo si potrà configurare un’effettiva ipotesi di collaborazione²¹⁹, in grado da configurare la sopravvenuta non punibilità. Secondo alcuni autori²²⁰, la norma prevederebbe anche un requisito implicito a tal riguardo, vale a dire che il

conoscenza della volontà di collaborare del reo; se la dichiarazione viene resa quando è già in corso un’attività d’indagine, nota alla polizia giudiziaria, allora della dichiarazione volontaria verrà immediatamente avvisato il pubblico ministero titolare della rispettiva indagine; una volta acquisita la denuncia con le modalità determinate, la polizia giudiziaria, entro 48 ore, dovrà trasmettere il relativo verbale al pubblico ministero, insieme ad ogni altra informazione utile, di cui si sia già in possesso, che potrebbe incidere sui requisiti di applicabilità della causa di non punibilità.

²¹⁸ La giurisprudenza che si è pronunciata in materia di collaborazione quale circostanza attenuante ritiene che questa sussista ogniqualvolta che si configurino “*ammissioni o comportamenti limitati al rafforzamento del quadro probatorio o al raggiungimento anticipato di positivi risultati di attività di indagine già in corso in quella direzione*” (Cass. Pen., sez. III, 1 ottobre 2014, n. 23942, in riferimento alla circostanza attenuante di cui all’art. 73, co. 7, d. P. R. n. 309 del 1990) ovvero in caso di dichiarazioni “*obiettivamente utili*” (Cass. Pen., sez. I, 19 giugno 2015, n. 31413, sull’art. 8 del d. l. n. 152 del 1991, in materia di criminalità mafiosa, ora art. 416-bis. 1 c. p.).

²¹⁹ Si ritiene, infatti, che, per tali reati, la chiamata in correità abbia un elevato valore simbolico, in quanto mostra l’effettiva volontà di sottrarsi al patto criminale, con conseguente sopravvenuta inoffensività dell’auto-denunciante.

²²⁰ Cfr. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, op. cit., § 3.2.

denunciante effettui delle dichiarazioni che ripropongano ogni fatto di cui sia a conoscenza, perché, nel caso di dichiarazioni solo parziali, verrebbe meno la stessa *ratio* che sta dietro la causa di non punibilità, in quanto le stesse potrebbero falsare la valutazione generale sull'utilità delle dichiarazioni rese.

Dal punto di vista procedurale, si ritiene che le dichiarazioni possano essere acquisite tramite l'incidente probatorio²²¹ e che, in ogni caso, la collaborazione prestata debba sussistere per tutta la durata del processo, almeno fino a quando non risulti acquisita.

Il co. 2 dell'art. 323-ter c. p. individua un'ulteriore condizione perché il beneficio dell'impunità operi nei confronti del collaborante, che viene subordinata alla *“alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo”*.

Questa ulteriore condizione è stata determinata dalla volontà di evitare che la condotta collaborativa del reo sia stata posta in essere per beneficiare dell'impunità e, allo stesso tempo, per trattenere il denaro o l'altra utilità conseguita.

La disposizione, seppur di grande pregio nelle intenzioni del legislatore, non è immune da alcuni problemi interpretativi, riguardanti l'oggetto della restituzione e il soggetto che vi deve procedere.

In riferimento alla prima questione, la norma, infatti, richiede che si effettui, come ulteriore condizione per beneficiare dell'impunità, la restituzione *“dell'utilità percepita”*, vale a dire di ogni vantaggio che il collaborante abbia ottenuto dalla commissione del reato; sotto questo punto di vista, non si pongono particolari problemi nel caso in cui oggetto dello scambio sia stata una somma di denaro, poiché in tali ipotesi l'interessato si limiterà alla consegna di una somma pari a

²²¹ Secondo F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, op. cit., § 3.2, questa possibilità si ricollega al fatto che l'incidente probatorio, per quanto riguarda le dichiarazioni rese dai soggetti indicati negli artt. 197 e 210 c. p. p. (persone imputate in procedimento connesso o collegato) non è assoggettato alle normali condizioni di urgenza e di indifferibilità, quindi vi si potrà ricorrere, ad esempio, per chiarire la posizione del collaborante e, se ricorrono tutti i presupposti, riconoscerne la non punibilità, con conseguente archiviazione, e così procedere poi nel giudizio con i correi.

quella ricevuta; i problemi interpretativi sorgono, invece, quando il percepito consista in un'utilità non monetizzabile, quale un generico vantaggio per la persona, poiché in queste situazioni manca la stessa possibilità di restituire ciò che è stato indebitamente ottenuto; per questo motivo, si crede che, in ossequio al brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*, il beneficio possa comunque trovare applicazione in queste situazioni, prescindendo totalmente dalla messa a disposizione di quanto è stato indebitamente ricevuto.

La seconda questione, a sua volta, è legata alla lettera della disposizione, in cui si richiede la restituzione di quanto *percepito*, il che fa presumere che il solo soggetto che debba procedervi sia il funzionario pubblico corrotto, non avendo il privato corruttore percepito alcunché. Si tratta di una questione che sorge dal confronto tra il testo originale della legge e quello successivamente approvato, poiché nel primo si era espressamente prevista la restituzione per il solo pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che avesse percepito l'utilità, ma successivamente, nell'*iter* di approvazione della normativa, la previsione fu modificata, nell'intenzione di livellare le posizioni di entrambi i partecipanti all'accordo corruttivo e, quindi, di estendere anche al privato la pretesa, da cui l'eliminazione del riferimento espresso al funzionario pubblico. Tuttavia, la formulazione letterale della norma esclude che il privato possa adempiere a questo obbligo²²², con la conseguenza che la sua collaborazione potrà esclusivamente limitarsi all'indicazione di elementi utili ad individuare il beneficiario del denaro o dell'altra utilità, mentre la sottrazione del vantaggio ottenuto potrà avvenire, secondo alcuni autori, tramite i normali rimedi amministrativi o civilistici²²³.

Si pone, però, un ulteriore problema applicativo della disposizione in esame, quale quello che si riscontra in riferimento ad alcuni dei reati presupposto, diversi dalle fattispecie di corruzione; se si fa infatti riferimento ai reati preposti alla

²²² *Contra* V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit. § 5.2, p. 266, per cui l'utilizzo del termine "utilità percepita" rappresenterebbe una semplice svista, motivo per cui, considerando anche le modifiche intervenute in sede di approvazione, si deve ritenere che sia da interpretare come prezzo o profitto del reato, garantendo così un'applicazione ad entrambi i soggetti dell'accordo.

²²³ Cfr. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., § 3.3.

correttezza delle procedure ad evidenza pubblica non è possibile individuare una prestazione che possa qualificarsi come utilità (salva l'ipotesi di astensione dagli incanti *ex art. 354 c. p.*, per cui è possibile che questa sia stata ricevuta come compenso per l'astensione), motivo per cui ci si chiede se il termine "utilità" debba essere interpretato quale vantaggio, con la conseguenza che il reo collaborante sia tenuto a restituire in denaro una somma pari al valore dell'appalto, o al profitto che si desume ne deriverà, oppure se considerare inoperante la previsione per tali reati, stante l'impossibilità di individuare un'utilità²²⁴.

3. I limiti negativi della non punibilità.

A differenza dei primi due, il co. 3 dell'art. 323-*ter* individua i limiti negativi di applicazione della causa di non punibilità, cioè le situazioni in cui, pur essendo presenti tutte le condizioni per un suo riconoscimento, il beneficio non può in nessun caso operare.

Infatti, la disposizione prevede che *“la causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146”*.

Tale disposizione ha come fine principale quello di contrastare possibili strumentalizzazioni della norma. In riferimento alla prima parte del co. 3, l'esclusione è derivata dalla volontà di non riconoscere la non punibilità all'attività dell'agente provocatore²²⁵, nell'intento di evitare la produzione di un effetto criminogeno, che si verificherebbe nel caso in cui si riconosca l'operatività del beneficio a favore di chi abbia convinto altri a compiere il reato e lo denunci in un momento immediatamente successivo, al solo fine, ad esempio, di incastrare il rivale²²⁶; ovviamente, in tali situazioni si pone il problema della prova della preordinazione della commissione del delitto, che può configurarsi come vera e

²²⁴ Cfr. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit., § 5, p. 19.

²²⁵ V. anche § 6 di questa sezione.

²²⁶ Cfr. relazione al d. d. l. n. 1189, 24 settembre 2018.

propria *probatio diabolica*, a causa della difficoltà di accertamento della effettiva volontà del denunciante, fattore che inevitabilmente inciderà sulla portata applicativa della norma²²⁷.

La seconda parte del co. 3 esclude il riconoscimento dell'impunità nei casi in cui il reato sia stato commesso nell'ambito di un'attività sotto copertura, effettuata in violazione dell'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 146, nell'intenzione di ribadire i limiti di queste speciali attività²²⁸ ed evitare che queste si trasformino in comportamenti istigatori, assimilabili a quelli dell'agente provocatore.

Si ritiene²²⁹, inoltre, che la causa di non punibilità non possa trovare applicazione del caso di errore sulla sua sussistenza, in quanto non si considera applicabile l'ultimo comma dell'art. 59 c. p., per cui “*se l'agente ritiene che per errore esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono valutate sempre in suo favore*”, dal momento che si riferisce alle cause di giustificazione²³⁰ e non alle cause di non punibilità.

Se invece vi è il dubbio sulla sussistenza delle condizioni di applicabilità del beneficio, che non vengono meno neanche nel corso del procedimento, dopo aver ascoltato le dichiarazioni collaborative dell'interessato, allora, in ossequio al principio *in dubio pro-reo*, dovrà trovare applicazione la causa di non punibilità.

4. La natura dogmatica e il regime intertemporale.

La causa di non punibilità ha natura soggettiva²³¹, con la conseguenza che troverà applicazione solo nei confronti del soggetto che ha attuato gli specifici

²²⁷ Secondo M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., p. 399, questa previsione potrebbe sortire l'esito opposto a quello previsto, in quanto questa esclusione determinerebbe un freno per eventuali denunce, limitando notevolmente la possibilità di far emergere condotte corruttive; proprio per questa ragione, il Transparency International, nelle Opinioni al d. d. l., aveva mostrato la necessità di rendere queste “clausole antiabuso [...] più precise, stringenti ed efficaci possibile”.

²²⁸ In ossequio a quanto stabilito anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (v. § 6 di questa sezione).

²²⁹ Cfr. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, § 5.

²³⁰ Ciò è giustificato dal fatto che le scriminanti incidono sulla stessa tipicità del reato, con la conseguenza che vengono valutate a suo favore, anche se ritenute per errore sussistenti.

²³¹ Così V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit. § 5.2.

comportamenti richiesti; l'art. 323-*ter*, infatti, non esclude l'antigiuridicità del fatto, completo di tutti i suoi elementi, quanto la sua punibilità in vista del raggiungimento di un obiettivo, quale lo sradicamento della corruzione attraverso una sua emersione²³².

Dal punto di vista del regime intertemporale, si ritiene²³³, in assenza di una disciplina transitoria, che la norma possa trovare applicazione anche per i reati commessi prima della sua introduzione, in quanto più favorevole al reo; si tratta ad ogni modo di questioni che si sarebbero dovute porre solo nei primi quattro mesi dall'entrata in vigore della legge, termine ormai superato.

5. Prime considerazioni critiche.

Sicuramente il legislatore ha elaborato l'intera normativa e, in particolare, l'art. 323-*ter* c. p. nell'intento di creare un efficace sistema di repressione della corruzione, ritenendo decisive in questo senso alcune delle novità apportate alla disciplina già esistente, tanto da considerare la riforma come l'autentica legge anticorruzione, la prima della storia repubblicana²³⁴.

Nonostante le aspettative del legislatore siano molto elevate, gran parte della dottrina si è mostrata molto scettica sulla sua reale efficacia nel combattere la corruzione nel nostro Paese²³⁵. Oltre alle perplessità già mostrate in merito agli interventi effettuati sul regime sanzionatorio della corruzione²³⁶, le critiche

²³² Inoltre, nel caso in cui non possa trovare applicazione l'inedita causa di non punibilità, non è esclusa la possibilità che la collaborazione effettuata possa presentare i requisiti per il riconoscimento della circostanza attenuante speciale di cui all'art. 323-*bis*, co. 2 c. p.

²³³ Cfr. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit. § 6; *idem* V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit. § 5.2, p. 267.

²³⁴ V. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit., § 7, p. 20.

²³⁵ A tal proposito, M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit. p. 397, parla di "ottimistiche aspettative" del legislatore sulla causa di non punibilità, ritenendo che, praticamente, non si potrà parlare di un vero e proprio efficientismo della norma.

²³⁶ Si rimanda a V. MONGILLO, *La strategia anticorruzione del legislatore penale dalla legge "Severino" alla "spazzacorrotti"*, in AA. VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella Pubblica Amministrazione*, F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), Giuffrè Francis Lafebvre,

maggiori si sono concentrate proprio sulla previsione di cui all'art. 323-ter c. p²³⁷., molte delle quali sono da ricollegare alle diverse problematiche sorte dalle prime analisi della norma, evidenziandone delle lacune, che inevitabilmente si andranno a ripercuotere sul suo effettivo funzionamento.

La prima critica che viene mossa alla norma in esame è la facilità con la quale la stessa possa essere oggetto di abusi e strumentalizzazioni²³⁸. Si ritiene infatti che, nonostante la previsione di limiti negativi di operatività, di cui al co.3, sia in ogni caso difficile riuscire a dimostrare la sussistenza di una premeditazione alla denuncia²³⁹, tale da poter applicare il co. 3, in quanto, in assenza di elementi probatori consistenti, si configurerebbe un'ipotesi di *probatio diabolica*²⁴⁰; inoltre, si critica anche il fatto che possa essere facilmente usata come arma di ricatto da una delle parti dell'accordo corruttivo.

Milano, 2019, Cap. XXV, § 6, per cui soprattutto il regime delle interdizioni perpetue sarebbe tacciabile di incostituzionalità.

²³⁷ Favorevole, invece, alla sua introduzione G. COCCO, *Le recenti norme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fascicolo 2, 2018, p.374 ss., per cui "l'obiettivo (perseguito) è unico, la tutela del bene giuridico: la non punibilità sopravvenuta riconosce e consente il pieno dispiegarsi dell'effetto general-preventivo della comminatoria edittale, in particolare nei casi di cedimento a meccanismi corruttivi diffusi, consentendo e riconoscendo il valore di una lucida controazione laddove i calcoli, opportunistici e non, producano l'esito della necessità-opportunità della denuncia del fatto"; analog. Confindustria, nelle Opinioni al d. d. l., ha valutato positivamente la norma, proponendo anche la sua estensione agli enti.

²³⁸ V., tra gli altri, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 5.2, p. 267.

²³⁹ Secondo R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in Giur. Pen. Web, fascicolo 10, 2018, queste difficoltà nell'accertamento della premeditazione saranno una delle cause di inefficacia della norma, il che faceva ritenere più opportuna una scelta diversa, quale quella di rinunciare ad una simile previsione, poiché non sarebbe mai stata in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati; id. D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione*, cit. per cui la semplice difficoltà della prova della premeditazione sarebbe motivo per rinunciare ad una sua applicazione.

²⁴⁰ A causa della complessità dell'accertamento di uno stato psicologico, così come riportato dal Parere del CSM al d. d. l. n. 1189, per cui solo la sua applicazione pratica potrà dimostrare l'effettività dello strumento premiale.

La seconda criticità guarda all'inedita causa di non punibilità come un fattore in grado di determinare un forte indebolimento della funzione general preventiva dell'ordinamento penale, poiché, in nome di una maggiore efficienza investigativa, quindi dell'interesse ad una corretta amministrazione della giustizia, si va a sacrificare la risposta penale per il soggetto che abbia denunciato il fatto²⁴¹, risposta che si configurerebbe anche in termini consistenti, effettuando una sorta di baratto tra la non punibilità e l'efficiente svolgimento delle indagini²⁴².

Infine, si discute della potenzialità della norma di garantire una più facile scoperta dei fatti di corruzione e affini, in quanto determinerebbe, al più, l'effetto opposto, quello criminogeno; questo perché, nonostante sia stata introdotta per instillare il dubbio sull'affidabilità della controparte nel rispetto dell'accordo corruttivo, potrebbe sortire gli effetti opposti, soprattutto quando si tratti di corruzioni sistemiche, legate ad uno stabile circuito criminale, in cui si determinerebbe un accrescimento della solidità del patto corruttivo e del legame che lega i vari partecipanti, con la conseguenza che questi, nel timore di essere denunciati dalla controparte nel caso in cui avvenga una rottura del *pactum sceleris*, saranno determinati a mantenerlo segreto e a perpetrare il crimine.

Ma anche nel caso in cui tutti questi timori, di cui la dottrina si è fatta portavoce, non dovessero configurarsi, rimane comunque il problema della reale capacità della nuova norma di far emergere i reati di corruzione e quelli para-corruttivi.

Tale questione si ricollega alla ritenuta scarsa possibilità che si verifichi una denuncia volontaria. È, infatti, alquanto improbabile, nella prassi, che un soggetto che abbia stretto un accordo corruttivo, in poco tempo (quattro mesi ovvero con la

²⁴¹ V. L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P. A.*, in Arch. Pen., fascicolo 2, 2019, per cui questa previsione si ricollega alla volontà dello Stato di riconoscere al reo l'importanza del contributo che ha fornito e che sarà necessario per "assicurare la capacità effettiva del sistema repressivo, complessivamente considerato, di esercitare attraverso i propri meccanismi coercitivi il controllo sociale".

²⁴² Cfr. M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., p. 398; id. T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit.

conoscenza delle indagini dei suoi confronti per quel fatto) decida di autodenunciarsi, rinunciando anche al vantaggio indebitamente ottenuto²⁴³, soprattutto se si tiene conto delle diverse conseguenze che seguiranno questo suo comportamento. Sotto questo punto di vista, a seguito della denuncia, il soggetto vedrà comunque iscrivere il proprio nome nel registro delle notizie di reato²⁴⁴, in quanto il beneficio gli potrà essere riconosciuto solamente dopo che, presentata la richiesta di archiviazione da parte del PM, il giudice avrà valutato positivamente la sussistenza di tutti i presupposti stabiliti dall'art. 323-ter c. p.

A questo si ricollega anche la possibilità che l'autodenuncia possa essere ritenuta dall'Autorità Giudiziaria inefficace, in quanto resa in assenza delle condizioni richieste, con conseguente inapplicabilità della non punibilità,²⁴⁵ che non

²⁴³ Cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., in cui mostra delle perplessità a riguardo soprattutto nei casi in cui l'autodenuncia venga posta in essere da un soggetto che opera in un sistema criminale, in cui la corruzione si configura come la prassi; in queste ipotesi, come accade ad esempio per le onerose tangenti pagate per aggiudicarsi un appalto, è difficile che un imprenditore, dopo aver pagato un costo elevato per ottenere un altrettanto importante vantaggio indebito, vada a sacrificare tutto, per di più in un lasso di tempo così breve quale quello indicato dalla legge, che, in casi simili, potrebbe essere rispettato solo se i fatti siano stati commessi ai fini della successiva denuncia, il che però rende l'impunità inapplicabile, mostrando così come la previsione sia sostanzialmente destinata alla disapplicazione; ciò dipende dal fatto che, nella maggior parte dei casi, la corruzione non si presenta come caso isolato, ma come parte di un sistema diffuso di illegalità, come mostrato in occasione dello scandalo di Tangentopoli, in cui si è visto come la maggior parte delle collaborazioni sia stata predeterminata alla semplice volontà di ottenere un beneficio in termini di pena, senza contare che, in situazioni simili, si potrebbe determinare il fenomeno delle denunce reciproche o a catena, annullando così gli effetti della norma.

²⁴⁴ Inoltre, le due direttive della Procura di Napoli e Roma hanno mostrato come questa conseguenza sia necessaria, obbligatoria, determinando anche l'intervento del difensore, che dovrà assistere il denunciante durante tutto lo svolgimento degli accertamenti da parte dell'Autorità Giudiziaria sulla sussistenza dei presupposti.

²⁴⁵ Diverse sono state le critiche mosse in questa direzione (cfr. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit. § 7; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 5.2; N. PISANI, *Il Disegno di legge "spazza corrotti": solo ombre*, in Cass.Pen. Fascicolo 11, 2018, p.3589) soprattutto se si considera che la norma richiede che le informazioni rilasciate dal collaborante siano utili alle indagini, utilità che però non è conosciuta dallo stesso nel momento in cui procede all'autodenuncia, in quanto da verificare in base agli elementi di cui si sia già venuti a conoscenza.

è esclusa anche nel caso in cui ricorrano i presupposti sanciti dall'art. 323-ter, ogni volta che il soggetto abbia commesso anche reati ulteriori, ugualmente riconducibili al fatto di corruzione denunciato, ma che non rientrino nei reati richiamati nella disposizione, quali false comunicazioni sociali o vari illeciti fiscali.

In ogni caso, si ritiene dubbio che un soggetto proceda ad autodenunciarsi anche semplicemente per le ripercussioni che il procedimento, su cui si concentrerebbero le attenzioni mediatiche, potrebbe determinare sulla sua reputazione²⁴⁶, senza contare che, nel caso in cui l'interessato sia un pubblico funzionario, dovrà essere sottoposto ad un procedimento disciplinare, poiché la non punibilità di cui all'art. 323-ter non si estende anche ai procedimenti amministrativi connessi.

Tutti questi fattori non fanno presagire un brillante futuro applicativo per la norma in esame²⁴⁷, soprattutto se si sottolinea anche il possibile contrasto con le fonti sovranazionali. Sotto questo profilo, infatti, il *Working Group on Bribery* ha più volte espresso perplessità nei confronti degli ordinamenti che prevedevano la non punibilità in caso di “effettiva resipiscenza” o “pentimento reale” del corruttore, motivo per cui diversi Stati aderenti hanno deciso di eliminare tali previsioni, alcuni limitando l'abrogazione alla corruzione internazionale.

Nonostante le diverse problematiche evidenziate e le criticità variamente presentate da diversi autori, purtroppo è impossibile, ad oggi, effettuare una prognosi sulla reale efficacia della nuova causa di non punibilità, che, per come formulata, potrebbe comportare più problemi che soluzioni. In ogni caso, solamente la prassi potrà mostrarne la validità: ai posteri l'ardua sentenza.

²⁴⁶ Cfr. V. MONGILLOI, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., per cui la resipiscenza, se pur premiata, “non è mai a “costo zero”.

²⁴⁷ Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni*, cit., § 3, per cui la “soluzione adottata dal legislatore è incongrua e vaniloquente”; id. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in Arch. Pen., fascicolo 3, 2018, § 3, per cui “gli inconvenienti sono superiori ai vantaggi”; contra M. PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in Quot. Giur., 11 settembre 2018, per cui, nonostante le possibilità che dalla previsione possa determinare una maggiore solidità dell'accordo corruttivo, risulta comunque una soluzione migliore alla “tiepida soluzione della circostanza attenuante”.

6. L'estensione della figura dell'agente sotto copertura ai delitti contro la Pubblica Amministrazione e il *discrimen* con l'agente provocatore.

Nell'ottica di un potenziamento dei mezzi investigativi in materia di reati di corruzione ed affini, la legge 3 del 2019 ha previsto, oltre all'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter ed una modifica della disciplina delle intercettazioni in riferimento a tali reati²⁴⁸, l'utilizzo, come strumento speciale di investigazione, dell'agente sotto copertura.

L'art. 1, co. 8 della legge prevede la sostituzione della lett. a) dell'art. 9 della l. n. 146 del 2006²⁴⁹ con un nuovo testo, per cui *“gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché' nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina*

²⁴⁸ La legge ha infatti stabilito la possibilità di eseguire, nell'ambito delle indagini per reati contro la Pubblica Amministrazione, le intercettazioni ambientali intradomiciliari attraverso captatore informatico, anche nel caso in cui non vi sia motivo di ritenere che all'interno si stia svolgendo l'attività criminosa, assimilando così, ulteriormente, la disciplina repressiva dei delitti contro la PA a quella prevista per i delitti di criminalità organizzata, senza però contare la radicale diversità esistente tra le due categorie criminose.

²⁴⁹ Legge con cui il legislatore italiano ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale del 15 novembre del 2000, con relativo Protocollo del 31 maggio 2001, andando inoltre a inserire una sorta di disciplina generale delle operazioni sotto copertura, frutto dell'unione in un'unica disposizione delle varie ipotesi di agente infiltrato che il legislatore aveva previsto per lo svolgimento di indagini in diversi settori.

degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali”.

Tale modifica è stata determinata dalla necessità di dare attuazione alla l. n. 116 del 3 agosto 2009, che aveva ratificato la Convenzione di Merida (2003), la quale, all'art. 50, intitolato “tecniche di investigazioni speciali”, aveva riconosciuto la possibilità, per ciascuno Stato, di prevedere nel proprio ordinamento delle tecniche di investigazione particolari, quali operazioni sotto copertura o sorveglianza elettronica, in maniera tale da garantire una più efficace lotta alla corruzione.

Si tratta di una scelta oggetto di interpretazioni contrastanti, dal momento che, se, da una parte, gli è stato riconosciuto il pregio di aver finalmente dato attuazione ad un obbligo internazionale, dall'altra, però, molte sono state le critiche sollevate da più parti della dottrina, che ritiene la norma astrattamente ben costruita, seppur con qualche imprecisione, ma concretamente non operativa²⁵⁰. Tuttavia, per

²⁵⁰ Cfr. G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura nel d. d. l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in Quot. Giur. Web, 21 dicembre 2018, che valuta negativamente la stessa scelta di ampliare l'ambito applicativo delle operazioni sotto copertura, non semplicemente per le difficoltà applicative che ne deriverebbero, ma soprattutto perché l'intera normativa necessiterebbe di una revisione, in quanto diverse sono le problematiche sorte nella sua applicazione, quali la natura dell'esimente, la

poter capire le critiche mosse, è necessario analizzare brevemente la disciplina delle operazioni sotto copertura e la problematica distinzione tra l'agente infiltrato e l'agente provocatore, che è stata chiarita grazie al recente intervento della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

La differenza tra agente infiltrato e agente provocatore può essere colta attraverso il riferimento all'art. 9 della l. n. 146 del 2006, dove è prevista una particolare causa di giustificazione, speciale rispetto all'adempimento di un dovere, di cui all'art. 51 c. p., che trova applicazione dei confronti di agenti di polizia giudiziaria, altri agenti, ausiliari o interposte persone, di cui i primi possano avvalersi, che, durante lo svolgimento di operazioni sotto copertura autorizzate, al solo fine di acquisire elementi di prova utili alle indagini per una serie di gravi delitti indicati espressamente dalla legge, diano rifugio, prestino assistenza agli associati oppure acquistino, ricevano, sostituiscano o occultino denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni o cose del reato che rappresentano l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, o il mezzo per commetterlo o comunque ostacolino l'attività di individuazione della loro provenienza, o ne consentano l'impiego oppure compiano attività a ciò prodromiche o strumentali²⁵¹.

Si individuano, quindi, le condizioni perché possa operare la speciale scriminante dell'attività d'indagine sotto copertura, stabilendo, innanzitutto, l'ambito soggettivo di applicazione, vale a dire, oltre agli agenti di polizia, anche soggetti diversi, quali ausiliari e interposte persone, potendo questi ultimi essere anche dei privati; stabilisce, poi, i comportamenti che possono essere tenuti, quali

natura dello strumento investigativo e le questioni riguardanti l'utilizzo degli elementi probatori raccolti.

²⁵¹ Cfr. L. PAOLONI, *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in Cass. Pen., fascicolo 5, 2016, § 2.1, p. 1903 ss. per cui si tratta di una disposizione introdotta nell'ordinamento con l'intenzione di garantire il rispetto di esigenze contrapposte, quali l'efficace contrasto di crimini ritenuti particolarmente offensivi e la tutela della libertà di autodeterminazione del soggetto che entra in contatto con l'autorità.

quelli volti ad *ottenere elementi di prova utili ai fini investigativi*, il che può avvenire in diversi modi, anche tramite attività prodromiche o strumentali²⁵².

Inoltre il legislatore, negli anni più recenti, ha cercato di stabilire in maniera sempre più certa i requisiti di liceità delle attività sotto copertura, fissandone anche i presupposti procedurali, per cui è necessario che l'operazione venga autorizzata dagli organi di vertice della polizia giudiziaria, oppure dagli organi di vertice del personale coinvolto nell'operazione e che questi la comunichino immediatamente all'autorità giudiziaria competente, a cui dovranno anche essere consegnate, per tutta la durata delle operazioni, le informazioni sulle modalità di svolgimento delle stesse, su quanto è emerso in termini di individuazione di prove e di eventuali autori del reato²⁵³.

Ad ogni modo è necessario e sufficiente, per riconoscere la scriminante, che l'agente abbia tenuto un contegno passivo, che si sia inserito nell'ambito di un reato già iniziato oppure che abbia anche offerto la possibilità di compiere un reato che

²⁵² Si prevede anche la non punibilità per l'agente infiltrato nelle ipotesi in cui lo stesso non abbia posto in essere una condotta perfettamente coincidente con quella dettata nell'art. 9, ma che, comunque, sia in grado di rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 51 c. p., disciplinante la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, che in tali ipotesi consisterebbe nell'obbligo di impedire la verifica di reati, in quanto questo è previsto in capo alla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 55 c. p. p.; questa scriminante viene, infatti, richiamata nella clausola di apertura della disposizione, in cui si fa salva l'applicazione della causa di giustificazione di cui al Codice penale, nel caso in cui non ricorrano i presupposti della scriminante speciale. Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, la sua operatività sarebbe, in ogni caso, circoscritta a quelle attività che rientrino nelle competenze della polizia giudiziaria *ex art. 55 del codice di rito*, quali ricerca degli autori dei reati e raccolta di elementi probatori, senza che questo configuri una forma di istigazione, nel senso che il soggetto deve aver agito in modo indiretto sulla decisione di compiere il delitto, limitandosi all'osservazione e al controllo delle attività illecite.

²⁵³ La fissazione di un percorso di autorizzazione e di successiva comunicazione all'Autorità Giudiziaria è stata determinata dalla necessità di garantire una supervisione "giurisdizionale" allo svolgimento di queste peculiari attività investigative, che, in assenza di tale controllo, potrebbero poi degenerare in provocazione (cfr. A. TARALLO, *Riflessioni sullo stato della giurisprudenza della Corte EDU in materia di "Agente Provocatore" e sui rischi implicati dalla causa di non punibilità ex art. 323-ter c. p. prevista dal D. D. L. contenente misure per il contrasto dei reati contro la P. A.*, in *Giust. Pen.*, parte prima, 2018, p. 302 ss.)

sarebbe stato realizzato comunque dalla persona individuata, mutandone solamente le circostanze di tempo e luogo²⁵⁴.

È però possibile che la condotta posta in essere sia causalmente riconducibile al reato che altrimenti non si sarebbe verificato, con il conseguente rischio che l'attività sotto copertura sfoci in una vera e propria provocazione; nel caso, infatti, in cui un soggetto non si limiti ad osservare le condizioni stabilite dalla norma, ma operi in una maniera che va al di là di un mero contegno passivo, fino a sfociare in una determinazione o istigazione al reato, non si potrà più parlare di un'attività sotto copertura ma, piuttosto, di una vera e propria provocazione, con conseguente punibilità di tali soggetti²⁵⁵ e poiché il rischio di sconfinamento dell'attività sotto copertura in un'attività provocatoria è sempre in agguato, è risultato fondamentale l'intervento della Corte EDU, che è stata in grado di individuare il *discrimen* tra le due e, di conseguenza, di determinare l'area del penalmente rilevante²⁵⁶, ritenendo che solo l'attività posta in essere dall'agente provocatore sia da condannare, in quanto contrastante con il diritto ad un equo processo, di cui all'art. 6 della CEDU²⁵⁷.

²⁵⁴ Cfr. L. PAOLONI, *La controversa linea di confine*, cit., § 3, p. 1906 ss.

²⁵⁵ In particolare, P. SCEVI (*Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in Arch. Pen., fascicolo 1, 2019, § 2) individua l'agente provocatore in un soggetto che determina o istiga alla commissione del reato "mediante proposte illecite simulate per assicurare alla giustizia chi vi aderisce"; si opera, quindi, attraverso una "finzione di un rapporto illecito", dove si provoca un soggetto a commettere un illecito; "viene creato ad arte un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso. L'agente provocatore crea il reato, l'agente infiltrato lo disvela".

²⁵⁶ Il problema della distinzione tra agente infiltrato e agente provocatore non è, però, circoscritto ai Paesi europei; anche gli Stati Uniti, infatti, si sono interrogati sul *discrimen* tra le due figure, risolvendo la questione attraverso la previsione di una particolare forma di tutela all'imputato che dichiara di essere stato provocato, la c.d. *entrapment defense*, vale a dire un'eccezione con cui si allega l'insussistenza del fatto in assenza della precedente provocazione.

²⁵⁷ Cfr. B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la Pubblica Amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in Dir. Pen. Cont., 5 marzo 2019, in riferimento al caso principe *Ramanauskas c. Lituania* (sent. N. 74420 del 2008), in cui la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 6 nella sentenza di condanna pronunciata ai danni del magistrato Ramanauskas;

A tal proposito, la Corte, all'esito di varie sentenze sul tema, ha espresso la necessità di effettuare un giudizio controfattuale, di tipo ipotetico, per verificare se l'agente abbia effettuato una pressione sulla libertà di autodeterminazione del soggetto così determinante da portarlo alla commissione del reato, che altrimenti egli non avrebbe liberamente posto in essere; ciò avviene andando ad eliminare mentalmente la condotta dell'agente provocatore e vedendo se, in sua assenza, il reato si sarebbe commesso lo stesso *hic et nunc*²⁵⁸.

quest'ultimo, infatti, era stato contattato da un agente, che lo riteneva corrotto, e che gli aveva offerto una somma di denaro per ottenere l'assoluzione di un soggetto; nonostante un primo rifiuto, successivamente il magistrato accettò e a ciò conseguì immediatamente l'arresto e poi la condanna, pronunciata esclusivamente sulla base delle prove raccolte dall'agente "sotto copertura". La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 CEDU per diverse questioni, legate all'assenza di prove, diverse da quelle raccolte tramite la provocazione, che dimostrassero la corruzione del magistrato, e al fatto che in un primo momento il ricorrente avesse rifiutato l'offerta, per accettarla a seguito della provocazione, a cui aggiungere anche la circostanza che era stato lo stesso agente, in tale situazione, ad approcciare il magistrato e ad offrirgli la tangente in cambio di un beneficio.

²⁵⁸ Cfr. A. TARALLO, *Riflessioni sullo stato della giurisprudenza CEDU*, p. 303 ss., secondo cui a sostegno di questo giudizio, si pongono due criteri, quali il c. d. "test sostanziale d'incitamento" e il "test procedurale d'incitamento": il primo è volto a verificare la natura dell'atteggiamento degli agenti sotto copertura, in termini di mera passività o di provocazione e dei motivi per cui è stato dato avvio a quella attività, verificando se effettivamente sussistano le ragioni per cui sia stata indiziata di reato la persona nei cui confronti viene effettuata la speciale attività d'indagine, guardando anche alla sussistenza dei requisiti procedurali, in riferimento all'autorizzazione dell'autorità competente e al controllo sul suo svolgimento da parte dell'Autorità Giudiziaria, come anche la pressione che il soggetto sotto copertura ha esercitato sul presunto colpevole (guardando, ad esempio, all'iniziativa intrapresa, all'eventuale insistenza dell'agente nella commissione del reato o al suo ricorso alla compassione, come accade nel caso del traffico di stupefacenti, in cui si può fingere di avere una crisi di astinenza da droghe; cfr. B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura*, cit., § 2). In tali casi, la Corte ritiene che si passi da un'attività di infiltrazione, lecita, ad un'attività di provocazione, illecita, ogniqualvolta l'agente non si sia limitato ad una mera osservazione dello svolgimento dell'attività criminosa, inserendosi semplicemente nel circuito criminale ("*the undercover agents merely "joined" the criminal acts*"), ma si sia spinto fino alla vera e propria istigazione del reato da parte del sospetto criminale (cfr. CEDU, *Bannikova c. Russia*, sent. N. 18757 del 2006). Per quanto riguarda il test procedurale, la Corte richiede lo studio dell'attività processuale che lo Stato ha portato avanti in quel caso, per verificare se siano stati rispettati tutti i diritti dell'imputato, soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo delle dichiarazioni rilasciate dall'agente

Da questa breve analisi a carattere generale, è possibile notare come sia concretamente difficile distinguere l'attività di un agente infiltrato da quella di un agente provocatore, difficoltà che aumentano notevolmente con la modifica del 2019, in cui, ai reati tipicamente associativi o comunque commessi nell'ambito di attività organizzate, si sono aggiunti reati-contratto, a struttura bilaterale, quali i reati di corruzione, decisione che ha sollevato non poche critiche, nonostante sia stata voluta dal legislatore per dare attuazione agli obblighi internazionali, oltre che per potenziare i mezzi di investigazione in questo ambito.

In particolare, la modifica ha inciso su tre versanti; l'ampliamento del catalogo dei reati individuati nell'art. 9, la precisazione delle condotte scriminanti e dei suoi limiti di applicazione.

Per quanto riguarda l'estensione del mezzo investigativo ad alcuni dei più gravi reati contro la Pubblica Amministrazione, la criticità maggiore concerne la parificazione di tali reati ad altri assolutamente diversi, quali quelli in materia di criminalità organizzata e stupefacenti²⁵⁹, tipicamente riconducibili ad un circuito associativo, in cui per un agente sotto copertura è più facile penetrare, ottenendo la

sotto copertura; a tal proposito la normativa italiana prevede che le prove raccolte nel corso dell'operazione sotto copertura siano utilizzate nel processo esclusivamente nel caso in cui la corrispondente attività sia stata portata avanti nel rispetto della legge; soltanto così, infatti, l'agente infiltrato potrà essere ascoltato nel processo quale testimone, piuttosto che come imputato in procedimento connesso o collegato, con la conseguenza che non si applicheranno, alle dichiarazioni rese, le particolari regole che presidono l'assunzione e valutazione delle prove ai sensi degli artt. 192 e 210 c. p. p.; in ogni caso, è necessario acquisire prove che corroborino quanto è stato oggetto di testimonianza anonima dell'infiltrato, per evitare che il giudizio si basi esclusivamente su quanto da lui riportato.

²⁵⁹ L'introduzione di questo speciale mezzo di investigazione è stato, infatti, giustificato dalla necessità di penetrare nel circuito criminale delle associazioni dedite alla commissione di tali reati, stante la necessità di combattere illeciti che creano un serio allarme sociale, connessa alla difficoltà di ottenere prove utilizzabili nel procedimento con modalità alternative; si ritiene quindi che l'estensione dell'applicabilità anche ai reati contro la Pubblica Amministrazione, oltre ad essere foriera di una serie di problematiche applicative, vada a snaturare la stessa essenza delle operazioni sotto copertura e la ragione della loro esistenza (cfr. A. F. MASIERO, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in *Legisl. Pen.*, 8 aprile 2019, § 3).

fiducia di uno dei soggetti che vi operano²⁶⁰. Questo stesso meccanismo non risulta adeguato alla natura dei reati di corruzione ed affini (reati plurisoggettivi a concorso necessario) che si inseriscono all'interno di un "circuito chiuso"²⁶¹, in cui si creano delle solide relazioni tra i partecipanti all'accordo, con conseguente difficoltà che allo stesso possa eccedere un *extraneus*, senza destare alcun sospetto²⁶²; in effetti, soprattutto nei settori in cui la corruzione si configura come sistema, è difficile che l'agente di polizia riesca ad infiltrarsi in ambiti che, per loro stessa natura, risultano poco permeabili,²⁶³ anche per i vincoli di solidarietà che si creano al loro interno, favoriti dalle diffuse conoscenze dei soggetti che vi operano²⁶⁴; ciò fa sì che, in tali situazioni, l'agente sotto copertura non potrà operare normalmente, avvicinando un sospettato e ingraziandosi la sua fiducia per entrare nel circuito criminale, ma dovrà

²⁶⁰ Basti pensare ai reati in materia di traffico di stupefacenti, ad esempio alla configurazione della condotta di detenzione a fini di spaccio, in cui per l'agente infiltrato sarà sufficiente fingersi un cliente per poter ottenere della droga dal sospetto spacciatore, in quanto il reato si perfeziona non con la cessione, ma con la semplice detenzione della sostanza stupefacente.

²⁶¹ Così A. F. MASIERO, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., § 6.3.

²⁶² Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., § 2.

²⁶³ Cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 5.2, p. 258 ss; id. B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura*, cit., § 5; A. PAOLETTI, *Legge "spazza corrotti": prime riflessioni*, cit., § 4, p. 14 ss.; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura*, cit., § 8.1.

²⁶⁴ Ci si riferisce a tutti quei settori, quali appalti, edilizia pubblica ecc., in cui operano persone apparentemente insospettabili, in quanto ricoprono posizioni irreprensibili, che stipulano l'accordo criminoso con soggetti ritenuti affidabili, dopo aver effettuato le opportune verifiche, senza contare che la previsione dell'agente sotto copertura porterà i corrotti e i corruttori ad una maggiore diffidenza nella scelta del contraente, fattore che renderà ancora più difficile lo svolgimento delle operazioni in questo settore (cfr. P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura*, cit., § 8.1; id. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 5.2; A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la Pubblica Amministrazione: i tratti "confusi" della riforma anticorruzione*, in Cass. Pen., fascicolo 5/6, 2019, § 3, p. 2382, secondo cui "in contesti come la PA (avulsa dai caratteri delinquenziali o addirittura mafiosi, tipici dei reati associativi), [...] ci si scontra con un fenomeno, quello corruttivo, che si caratterizza per essere un "patto a due", che rischierebbe col risolversi in un modo per saggiare la *moralità* del pubblico dipendente".

necessariamente “gradualmente svelarsi e far sì che l’interlocutore faccia altrettanto”, tramite “una serie di abbozzamenti, un gioco d’allusioni”²⁶⁵.

Più facile sarà invece utilizzare l’agente infiltrato in quelle situazioni in cui la pratica corruttiva risulti isolata, occasionale, anche se, qui, il suo ruolo rischia di confondersi pericolosamente con quello dell’agente provocatore.

Ed è proprio per evitare ciò che il legislatore ha cercato di fissare in maniera precisa le condotte scriminanti per gli agenti infiltrati che indaghino su determinati reati contro la Pubblica Amministrazione²⁶⁶, scriminandole nel caso in cui vengano poste in essere al solo fine di acquisire elementi di prova in merito ai reati previsti dall’art. 9.

Tuttavia, per alcuni esponenti della dottrina²⁶⁷, continua a sussistere il rischio che le nuove condotte scriminate possano, in qualche modo, “far rientrare dalla finestra” la figura dell’agente provocatore²⁶⁸, soprattutto se si tiene conto delle condotte previste per il simulato funzionario pubblico corrotto.

²⁶⁵ Così A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., § 2.

²⁶⁶ Individuandole nel “ricev(ere) [...] denaro od altra utilità [...] o (ne) accetta(re) l’offerta o la promessa [...] ovvero corrispond(ere) denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promett(ere) o da(re) denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compi(ere) attività prodromiche e strumentali”.

²⁶⁷ V. Opinioni al d. d. l. n. 1189, di G. GATTA, A. CAMON, M. MASUCCI, i quali esprimono perplessità sulla reale portata applicativa della norma e sulla descrizione della condotta scriminante prevista per il simulato pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, richiedendo una più puntuale descrizione, per evitare possibili sconfinamenti in attività provocatorie.

²⁶⁸ Questo perché nel Contratto di Governo, firmato il 17 maggio 2018, fissava, nel punto 15, riguardante la lotta alla corruzione, “l’introduzione della figura dell’”agente sotto copertura” e la valutazione della figura dell’agente provocatore in presenza di indizi di reità, per favorire l’emersione dei fenomeni corruttivi nella Pubblica Amministrazione”, mostrando piena consapevolezza della differente natura dei due mezzi investigativi. Tuttavia, alla fine, tenendo anche conto della giurisprudenza della Corte EDU, che ha constatato più volte la incompatibilità tra la previsione di agenti provocatori e il diritto all’equo processo, di cui all’art. 6 CEDU, il legislatore ha optato per la previsione del solo agente sotto copertura, cercando di delineare al meglio le condotte scriminanti, per evitare che la sua attività possa degenerare in una forma di provocazione.

La modifica infatti descrive in maniera diversa la condotta scriminante per il (simulato) corruttore e il (simulato) corrotto; per quanto riguarda il primo, ha, infatti, cercato di delimitare il pericolo di sconfinamenti nell'attività provocatoria, descrivendo il contegno da adottare in termini di dazione di denaro od altra utilità *in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri*²⁶⁹, ovvero, di promessa o dazione di utilità, che siano stati *richiesti o sollecitati* dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio; in questo modo, la condotta dell'agente si inserisce all'interno di un reato già perfezionatosi con il raggiungimento dell'accordo corruttivo da parte di altri, ovvero presuppone l'iniziativa del funzionario pubblico, evitando, così, che la sua attività possa degenerare.

In riferimento al (simulato) pubblico funzionario corrotto, invece, la norma prevede, quali condotte scriminate, quella di ricezione o acquisto di denaro od altra utilità, ovvero di accettazione della promessa, senza ulteriore specificazione; questa formulazione ha destato molte perplessità, in quanto si tratta di condotte che possono essere state determinate da una precedente istigazione o provocazione dell'agente infiltrato, rischio che si accentua se si tiene conto anche del fatto che la modifica ha aggiunto il riferimento alle condotte "*prodromiche e strumentali*" a quelle scriminate, con la conseguenza che si correrebbe il rischio di estendere la non punibilità a qualsiasi contegno tenuto dall'agente infiltrato, valicando il labile confine dell'attività provocatoria²⁷⁰, temendo che, così facendo, si sia

²⁶⁹ Si fa riferimento, in tale ipotesi, alla prassi delle c. d. "consegne controllate", che si configurerebbero come concorso nel reato di corruzione.

²⁷⁰ Dubbio sollevato anche nelle Opinioni al d. d. l. dal CNF, che non riteneva la previsione abbastanza chiara da delineare con certezza i contorni dell'attività sotto copertura scriminata, auspicando poi anche un'eliminazione del riferimento alle attività prodromiche e strumentali, proprio per il rischio che la loro sussistenza avrebbe potuto implicitamente legittimare pratiche illecite; id. ANCI e CONFINDUSTRIA, in Opinioni, cit.; id. A. MANICCIA, *L'estensione delle operazioni sotto copertura*, cit., § 3, p. 2380 ss., per cui, in questo caso, il legislatore ha utilizzato delle espressioni indeterminate, delle clausole generali, che fanno venir meno quell'intento di maggiore tassatività che si era prefissato (e che viene, diversamente, rispettato nella determinazione della condotta del privato corruttore), ulteriormente aggravato dal riferimento alle attività prodromiche e strumentali, che non fanno altro che aumentare il rischio che l'attività dell'agente sotto copertura vadano "pericolosamente (ad) avvicinarsi ai caratteri propri dell'istigazione".

sostanzialmente legittimato l'agente infiltrato a richiedere al privato sospetto di stipulare un accordo corruttivo, ad esempio attraverso il pagamento di una tangente, con l'intento di "metterlo alla prova"²⁷¹, andando così a punire i soggetti solamente per il fatto di aver ceduto, con violazione del principio garantista, secondo cui *cogitationis poenam nemo patitur*²⁷².

Tuttavia, il legislatore ha cercato di evitare questa degenerazione attraverso alcune precisazioni; innanzitutto, dal punto di vista procedurale, l'art. 9 dispone che le operazioni vengano svolte in riferimento ad un reato che si ritiene già essere *in itinere*²⁷³ e devono essere disposte dall'organo di vertice delle forze di polizia che vi procedono, che ha l'obbligo di darne preventiva comunicazione al PM titolare

²⁷¹ In questo modo, troverebbero applicazione, anche se non espressamente previsti nell'ordinamento, i c.d. *integrity tests*, vale a dire una sorta di messa alla prova dell'integrità dei cittadini, attraverso una sorta di finto tentativo di corruzione (soluzione adottata negli Stati Uniti, e proposta nel nostro ordinamento nel 2013, prevedendo in ogni caso una supervisione da parte della Autorità Giudiziaria), fortemente criticata da G. COCCO, *Le recenti norme in materia di corruzione*, cit., § 10, per cui "la commissione del reato deve dipendere dalla libera scelta del reo e non essere indotta in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia", perché, altrimenti, il soggetto provocato, reo di aver commesso un reato che altrimenti non avrebbe posto in essere in assenza dell'istigazione dell'agente di polizia, verrà privato del diritto ad un equo processo fin dall'inizio.

²⁷² Cfr. P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura*, cit.; v. anche R. CANTONE, G. L. GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in Dir. Pen. Cont., 22 febbraio 2018, in cui si critica la possibile introduzione degli agenti provocatori nelle attività di indagine per i delitti contro la Pubblica Amministrazione, ritenendo che la punibilità di coloro che si mostrano inclini alla commissione dei reati sia contraria al concetto di giustizia liberale e opposto al compito assegnato alla giustizia penale, che è quello di punire chi commette i reati, non chi solamente lo pensa.

²⁷³ È quindi impossibile procedere alle operazioni sotto copertura nel caso vi sia un mero sospetto di attività illecita, in quanto possono trovare applicazione solo dopo l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro (cfr. P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle speciali tecniche di investigazione attive e passive*, in Dir. Pen. Cont., 5 marzo 2019, id. N. PISANI, *Disegno di legge "spazza corrotti"*, cit., per cui la norma scrimina le condotte indicate solo se poste in essere in riferimento ad "attività già iniziate inserendosi nell'esecuzione di attività altrui").

delle indagini, che deve anche essere informato senza ritardo delle modalità dell'operazione, dei soggetti che vi operano e dei risultati conseguiti²⁷⁴.

A tali garanzie procedurali, la riforma “spazza corrotti” ne ha accostate altre, che pongono i limiti negativi di operatività della scriminante delle operazioni sotto copertura; ha infatti stabilito al co. 3 dell'art. 323-ter c. p., prima parte, l'esclusione della causa di non punibilità nel caso in cui il soggetto commetta il reato al solo fine di effettuare la denuncia; in questo modo, tenendo conto anche della disciplina dell'art. 9, si è evitato di legittimare l'operatività della causa di non punibilità per l'agente sotto copertura che abbia determinato un terzo alla commissione del reato solamente in funzione del suo arresto, facendo sì che il responsabile, avendo agito quale agente provocatore, non possa vedere la sua condotta esentata da punibilità, per inapplicabilità sia dell'art. 323-ter c. p. che dell'art. 9 della l. n. 146 del 2006²⁷⁵.

Ha, inoltre, limitato possibili abusi dell'utilizzo dell'attività sotto copertura, stabilendo, nella seconda parte del co. 3 dell'art. 323-ter, che la causa di non punibilità non possa operare neppure nei confronti dell'agente di polizia che abbia agito in violazione delle condotte tassativamente descritte nell'art. 9.

Anche qui, però, sarà necessario andare a considerare, di volta in volta, la situazione concreta, in maniera tale da verificare se all'agente potranno essere applicate le esimenti previste o meno, se si sia limitato a aderire ad un'iniziativa

²⁷⁴ Si ricordano a riguardo le direttive della Procura di Napoli e Roma del 20 e 21 febbraio 2019, dove, in materia di operazioni sotto copertura, si specifica che, dal punto di vista soggettivo, quando la norma prevede la possibilità che le indagini siano svolte da personale specializzato, nel caso in cui il reato contro la PA sia intervenuto nel corso di un'indagine riguardante un settore diverso, in cui vi è una struttura specializzata, questa potrà svolgere le relative operazioni anche per quei diversi reati; dal punto di vista procedurale, si è specificato che nel caso di utilizzo di documenti, identità o indicazioni di copertura, ne venga data immediata comunicazione al PM, o al massimo entro 48 ore dall'inizio dell'attività e che, poiché in materia di corruzione mancano autorità centrali che siano a conoscenza di tutte le indagini in corso, sarà necessaria una comunicazione preventiva, anche orale, al PM competente, per evitare che si creino delle interferenze nell'attività investigativa.

²⁷⁵ In questo modo, si sarebbe evitata una possibile condanna dell'Italia da parte della Corte EDU, che altrimenti sarebbe certamente sopraggiunta, tenendo conto delle modalità d'azione dell'agente provocatore, che avrebbero potuto agevolmente prevaricare i limiti stabiliti con la nuova legge.

criminosa già intrapresa da altri, oppure si sia spinto fino al punto di “creare” l’occasione perché altri commettesse il reato.

Ad ogni modo, ciò non è stato sufficiente a placare le critiche; per questo si auspica già un intervento che non guardi solo al diritto penale, come unico mezzo per garantire una “cultura della legalità”²⁷⁶, ma che agisca su fronti diversi, in grado di combattere efficacemente tali fenomeni criminosi anche attraverso un potenziamento dell’etica pubblica²⁷⁷.

²⁷⁶ Cfr. P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all’agente sotto copertura*, cit., § 9, per cui il ricorso al diritto penale si configurerebbe come *extrema ratio*, per cui sarebbe preferibile puntare sul potenziamento dell’etica pubblica, poiché l’uso del solo diritto penale per sanzionare queste condotte corruttive comporterebbe “uno spostamento del baricentro dal piano etico e politico a quello della giustizia penale, che verrebbe ad assumere il ruolo di paladina della pubblica moralità, esponendosi ad un crescente rischio di autoritarismo”.

²⁷⁷ Per A. MANICCIA, *Estensione delle “operazioni sotto copertura”*, cit., § 3, sarebbe sufficiente alla scoperta di illeciti nella Pubblica Amministrazione la previsione di una “persona interposta”, vale a dire “colui che partecipa con un coinvolgimento diretto all’operazione *undercover* autorizzata”, potendo essere sia un’ufficiale di polizia, sia un privato che opera quale confidente; in particolare, l’autrice ritiene che questa figura possa essere individuata già in quella del *whistleblower*, potendo configurare “una valida alternativa alle operazioni sotto copertura”; parla di interposto anche M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”*, cit., § 6, per cui, nella prassi, lo strumento più utilizzato nelle operazioni sotto copertura per contrastare i fenomeni corruttivi sarà proprio l’interposto, essendo alquanto improbabile che un perfetto estraneo possa penetrare in un ambiente così ristretto di conoscenze per carpirne delle informazioni. Per una trattazione più approfondita si rimanda al Cap. IV.

SEZIONE II

LA RILEVANZA DELLA COLLABORAZIONE NELLE DIVERSE FASI DEL PROCEDIMENTO

1. La collaborazione nella fase investigativa e processuale.

Da un'analisi più approfondita della legge n. 3 del 2019, emerge come il legislatore abbia voluto dare un ampio spazio alla collaborazione da parte dei responsabili dei fatti di corruzione, attribuendogli un certo valore nelle diverse fasi del procedimento penale, creando una sorta di *climax* discendente che va dall'esclusione della punibilità al riconoscimento di benefici penitenziari.

Se, infatti, nella fase investigativa può operare l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-*ter* c. p., con applicabilità confinata ai limiti temporali in essa descritti, nella fase procedimentale, nel caso di scadenza dei termini fissati per il riconoscimento della non punibilità, e per tutta la fase processuale, fino alla sentenza definitiva di condanna, potrà trovare applicazione, in caso di collaborazione, la circostanza attenuante ad effetto speciale, di cui all'art. 323-*bis*, co. 2 c. p.

Tale disposizione, introdotta con la legge n. 69 del 2015 e lasciata inalterata dall'intervento del 2019, stabilisce una diminuzione di pena, che va da un terzo a due terzi, per il soggetto resosi responsabile dei delitti di corruzione che abbia posto in essere una condotta collaborativa *post delictum*, consistente nell'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, nell'assicurare le prove dei reati commessi o nell'individuazione degli altri responsabili ovvero nell'assicurare il sequestro delle somme o delle utilità trasferite.

La disposizione, nelle intenzioni del legislatore, è stata mantenuta come elemento di rafforzamento della disciplina di contrasto e di emersione dei fenomeni corruttivi, innovato dalla nuova causa di non punibilità, con cui presenta degli elementi di affinità, quali i caratteri modali della denuncia effettuata, che, in entrambi i casi, dovrà consistere nel fornire degli elementi che si rivelino utili e concreti per la prova del fatto e per l'individuazione degli altri responsabili, circostanza che, nell'attenuante, è sottolineata dall'utilizzo dell'avverbio

“*efficacemente*” che connota la collaborazione prestata²⁷⁸; inoltre, entrambe le disposizioni fanno riferimento alle somme o alle utilità percepite, con l’unica differenza che, per beneficiare dell’attenuante speciale, la collaborazione al fine di sequestro delle stesse è prevista in forma alternativa rispetto alle altre condotte richiamate, diversamente da quanto accade per la causa di non punibilità, dove, invece, la messa a disposizione delle somme o delle utilità si configura come condizione cumulativa per accedere al beneficio; da questo si può anche desumere la maggiore facilità con cui il collaborante possa vedersi riconoscere la circostanza attenuante, piuttosto che la non punibilità per il fatto commesso, per la cui applicabilità sono richieste condizioni sicuramente più stringenti.

Si possono poi individuare degli elementi di discontinuità tra l’art. 323-*bis*, co. 2 e l’art. 323-*ter*, riguardati il catalogo di reati presupposto; se, infatti, in entrambi i casi, vengono richiamate le diverse fattispecie di corruzione, eccetto l’istigazione alla corruzione, compresa nella circostanza attenuante e non nella causa di non punibilità, tuttavia, la diminuzione di pena non potrà applicarsi nel caso in cui la collaborazione sia stata prestata per dei reati para-corruttivi, quali quelli che tutelano le procedure ad evidenza pubblica, richiamati nel solo art. 323-*ter*; ciò fa sì che il soggetto resosi responsabile degli stessi non potrà, in caso di collaborazione avvenuta oltre i limiti temporali sanciti dalla norma, vedersi riconoscere la diminuzione di pena, in quanto il delitto contestato non rientra nell’alveo applicativo dell’attenuante.

A queste problematiche, si possono poi aggiungere tutte quelle contestazioni mosse all’effettiva operatività della causa di non punibilità; se l’incentivo alla denuncia non viene colto quando si ha la possibilità di ottenere l’impunità, perché farlo successivamente, per ottenere uno sconto di pena che non si è certi verrà riconosciuta? Senza contare che, anche prima dell’introduzione della causa di non punibilità, l’applicazione del co. 2 dell’art. 323-*bis* è risultata alquanto limitata. Sarà in ogni caso necessario vedere come si svilupperà la prassi in materia, per discutere

²⁷⁸ In entrambi i casi sarà quindi necessario procedere ad un vaglio di adeguatezza probatoria delle dichiarazioni rilasciate, per stabilire l’utilità di quanto appreso dal collaborante, in termini di arricchimento delle risultanze probatorie.

della reale efficacia del meccanismo della collaborazione ad operare come deterrente e ausilio nel contrasto alla corruzione.

2. La collaborazione nella fase esecutiva.

Strettamente legata all'idea dell'incentivo alla collaborazione per rompere il vincolo corruttivo è anche la modifica intervenuta sul versante esecutivo del processo penale.

La riforma ha infatti introdotto alcuni dei reati contro la Pubblica Amministrazione nel catalogo dei reati c. d. ostativi, di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., con l'obiettivo di aggravare le condizioni per l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, nel caso di condanna che consegua ad uno di quei delitti, subordinando la loro concessione alla collaborazione con la giustizia²⁷⁹.

Si tratta di una scelta che ha suscitato molte riserve e molti dubbi di legittimità costituzionale, sia sul piano del rispetto dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e della finalità rieducativa della pena, sia per quanto riguarda il regime intertemporale della norma.

Per quanto riguarda il primo profilo, i dubbi emergono soprattutto se si considera la *ratio* che sta dietro la previsione dell'art. 4-*bis*, vale a dire quella di assoggettare ad un regime penitenziario differenziato coloro che si sono resi responsabili di reati che suscitano un particolare allarme sociale²⁸⁰, a causa delle conseguenze che producono in termini di sicurezza dei cittadini, motivo per cui sono stati inseriti al suo interno reati principalmente a natura associativa, quali delitti di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico, criminalità organizzata e associazioni per delinquere, nonché delitti in grado di ledere il bene primario della libertà personale, quale delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione minorile,

²⁷⁹ Questa scelta è stata ritenuta espressione della volontà legislativa di riorganizzare le disposizioni penali della Pubblica Amministrazione nell'ottica di una prevenzione cd. "negativa", in cui l'obiettivo perseguito è "l'intimidazione e la neutralizzazione del reo" (così V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 6.2, p. 282).

²⁸⁰ Si ricorda, a proposito, che l'art. 4-*bis* è stato introdotto dal d. l. n. 152 del 1991, nell'ambito della legislazione antimafia, con l'obiettivo di combattere la criminalità organizzata.

pedo- pornografia, violenza sessuale di gruppo o sequestro di persona a scopo di estorsione: in ogni caso, reati alla cui commissione si ricollega una certa presunzione di pericolosità di chi li ha commessi.

Con l'introduzione dei delitti contro la Pubblica Amministrazione in questo catalogo, il legislatore sembra aver voluto diffondere un messaggio inequivocabile: garantire un più efficace sistema di lotta alla corruzione, assimilando in tutto e per tutto, anche nel regime penitenziario, alcuni dei reati del Titolo II del Codice penale ai delitti, sicuramente più gravi, di associazione di tipo mafioso e di terrorismo²⁸¹, prevedendo, analogamente a quanto accade per quei reati associativi, la possibilità di usufruire di benefici penitenziari limitatamente nelle ipotesi di collaborazione, attribuendo a tali delitti una presunzione di pericolosità che si presenta come irragionevole, poiché assolutamente arbitraria e, per tali ragioni, illegittima per contrasto con il principio di uguaglianza²⁸².

L'intento che emerge da questa scelta è semplicemente afferrabile: far passare obbligatoriamente il corrotto o il corruttore per il carcere, dandogli la possibilità di richiedere le misure alternative e gli altri benefici premiali solo nel caso in cui abbia prestato un'effettiva collaborazione a norma dell'art. 323-*bis* c. p., riproponendo anche qui il modello legislativo del bastone e della carota.

Questa scelta ha destato molte critiche, soprattutto perché si va ad applicare ai reati contro la Pubblica Amministrazione un regime carcerario che è stato pensato in origine per recidere i contatti tra il condannato per delitti associativi e il circuito criminale di appartenenza, finalità che, di per sé, mal si concilia con l'applicazione

²⁸¹ A tal riguardo, si riportano le parole di V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P. A.: profili di illegittimità costituzionale* (in. Dir. Pen. Cont., fascicolo 2, 2019), secondo cui "con essa si consuma il definitivo allineamento normativo della criminalità "white collar" alla criminalità "nera", ossia della criminalità politico-economica al crimine organizzato, trascurando le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose".

²⁸² La Corte costituzionale (sentenza n. 265 del 2010) ha affermato, in merito alle presunzioni legali, che "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula *dell'id quod plerumque accidit*", in V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis*, op. cit., § 3.1.

di tale regime a delitti diversi²⁸³; sicuramente i delitti di corruzione sono potenzialmente lesivi di più beni giuridici, soprattutto quando raggiungono un carattere sistemico, tuttavia, non possono considerarsi fenomeni analoghi in ogni aspetto, soprattutto quello dell'offensività, alla criminalità organizzata o terroristica o agli altri delitti ivi elencati; ciò mostra la volontà della riforma di non tenere minimamente conto del principio secondo cui il trattamento sanzionatorio deve essere il più possibile individualizzato, per essere funzionale alla rieducazione del condannato, ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost., puntando solamente ad un fine puramente propagandistico, quale quello di mostrare l'esistenza di un Governo che agisce in maniera efficace, punendo chiunque delinqua in maniera esemplare; tuttavia, come alcuni autori hanno giustamente affermato²⁸⁴, una pena esemplare non potrà mai garantire la rieducazione del reo e, di conseguenza, si porrà come costituzionalmente illegittima.

A ciò si aggiunga che l'estensione dell'applicazione dell'art. 4-*bis* ai delitti contro la P. A. e conseguente subordinazione del riconoscimento dei benefici penitenziari alla proficua collaborazione, prestata a norma dell'art. 323-*bis*, co. 2 c. p., viene ritenuta irragionevole da molti autori²⁸⁵, in quanto è difficile individuare dei casi in cui effettivamente la collaborazione possa risultare, *ex post*, effettivamente idonea a prestare elementi utili alle indagini²⁸⁶; questa previsione,

²⁸³ Questa inconciliabilità è stata sostenuta anche dal prof. Gatta nelle opinioni sul d. d. l. n. 1189, il quale riteneva che i delitti di corruzione, non qualificandosi come reati associativi, ma come reati a concorso necessario, non potessero rientrare tra i reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* e per questo aveva proposto di estendere il regime carcerario differenziato solo ai delitti di corruzione che fossero stati commessi all'interno di un'associazione per delinquere, ovvero di inserire tali reati nell'elenco di quelli per cui i benefici penitenziari trovano applicazione una volta trascorso un periodo di tempo maggiore rispetto a quello ordinario; analogamente, critica la proposta il CNF, per cui sarebbe stato opportuno applicare la restrizione ai benefici in considerazione della gravità della condanna.

²⁸⁴ Cfr. A. PAOLETTI, *Legge "spazza corrotti": prime riflessioni sui nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Diritto. It.*, § 5, p. 19.

²⁸⁵ V. per tutti V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., § 6.2, p. 284.

²⁸⁶ La collaborazione, infatti, può garantire un ausilio alle indagini per reati legati al circuito della criminalità organizzata (quindi, generalmente, dei reati di natura permanente) anche nel caso in cui avvengano in esecuzione di pena, il che giustifica una simile previsione, considerando che la

inoltre, potrebbe risultare sostanzialmente inefficace, anche considerando quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 20 giugno 2018²⁸⁷, per cui, nei casi di collaborazione impossibile o di collaborazione oggettivamente inutile per uno dei reati contemplati nel co. 1 dell'art. 4-*bis*, la restrizione nell'accesso ai benefici penitenziari non può operare, fatto che fa ritenere irragionevole l'inserimento di reati, quali quelli di corruzione, concussione e peculato²⁸⁸, nel sistema dei reati ostativi, in quanto è difficile individuare una ipotesi di collaborazione utile successivamente alla condanna²⁸⁹, il che farebbe automaticamente venir meno l'applicabilità dello sbarramento sancito nella norma, e, di conseguenza, mostrerebbe l'irragionevolezza nella previsione di questo onere collaborativo a norma dell'art. 323-*bis* c. p.

Ulteriore questione che si è posta in riferimento alla modifica dell'art. 4-*bis* ord. pen. riguarda la mancanza di una disciplina di diritto intertemporale. La disposizione trova sicuramente applicazione per le situazioni commesse successivamente al 31 gennaio 2019, giorno di entrata in vigore della legge, ma risulta dubbia la sua applicabilità ai fatti antecedenti questa data; tale incertezza applicativa è frutto di un costante orientamento giurisprudenziale²⁹⁰, secondo cui le norme che riguardano le misure alternative alla detenzione si considerano attinenti esclusivamente alle modalità di esecuzione della pena, non potendosi configurare come norme penali sostanziali, motivo per cui soggiacciono al principio del *tempus regit actum* e non al principio di irretroattività della norma *in malam partem* di cui agli artt. 2 c. p. e 25 Cost.; questo significa che tutte le norme che incidono sulla

collaborazione viene intesa anche come sintomo dell'allontanamento del condannato dal circuito criminale di appartenenza.

²⁸⁷ In Dir. Pen. Cont., fascicolo 7/8, 2018.

²⁸⁸ In riferimento all'inserimento del delitto di peculato nel regime ostativo di cui all'art. 4-*bis*, la Corte di Cassazione, Sez. I, u. p. 18 giugno 2019 ha sollevato questione di legittimità costituzionale alla Corte.

²⁸⁹ Tale difficoltà si presenta soprattutto se si considerano i reati di concussione e di peculato, in quanto non si comprende quale tipo di collaborazione ci si possa attendere in queste situazioni, tenendo anche presente che questi reati non vengono richiamati tra quelli a cui sia possibile applicare la circostanza attenuante della collaborazione processuale richiamata dall'art. 4-*bis* modificato.

²⁹⁰ Avallato dalle Sezioni Unite (Cass. S. U. n. 24561/2006, in Dir. Pen. Cont.)

fase esecutiva della pena, anche se prevedono l'applicazione di una disciplina più rigorosa, troveranno immediata applicazione per tutti i rapporti esecutivi ancora in atto nel momento di entrata in vigore, sempreché non esista un'apposita disciplina intertemporale. Di diverso avviso la dottrina²⁹¹, secondo cui le norme di ordinamento penitenziario, soprattutto quelle che incidono sulle modalità di esecuzione della pena e che limitano la libertà dei soggetti, sono soggette al principio di irretroattività, con la conseguenza che la nuova normativa potrebbe applicarsi solo ai delitti commessi dopo l'entrata in vigore della legge²⁹². Questa interpretazione tiene conto anche della giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui bisogna distinguere le misure che individuano una pena e quelle che riguardano l'esecuzione e l'applicazione della stessa; a tal proposito, ha evidenziato come si possa ricondurre all'ambito applicativo dell'art. 7 della CEDU²⁹³ anche le misure successive alla condanna, che comportino *la ridefinizione o la modifica della portata della pena*²⁹⁴; in effetti, anche le norme di ordinamento penitenziario, quali le misure alternative alla detenzione, possono essere qualificate come norme in grado di incidere sul trattamento sanzionatorio, poiché vanno a ridefinire la durata della pena e le modalità di espiazione della stessa, dopo una valutazione che tiene conto della gravità del reato per cui è sopraggiunta la condanna e della personalità

²⁹¹ V. C. CATANEO, *L'assenza di una disciplina intertemporale della legge spazzacorrotti al vaglio della giurisprudenza di merito*, in Dir. Pen. Cont., 21 giugno 2019.

²⁹² Tale interpretazione sembrerebbe in contrasto con la volontà del legislatore; ciò è dimostrato dal fatto che il Governo aveva respinto, in sede di Commissione giustizia alla Camera, il 7 marzo 2019, un o. d. g. che era stato presentato dall'on. Costa, con il quale si richiedeva di intervenire per evitare che la nuova disciplina potesse essere applicata anche a fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

²⁹³ L'art. 7 della CEDU riconosce il principio di irretroattività della legge penale (*nulla poena sine lege*), sancendo "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

²⁹⁴ V. Corte EDU (Grande Camera) 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in D. PULITANO', *Tempeste sul penale*, cit. § 4, p. 241.

del reo, quindi analoga a quella che viene effettuata in sede di determinazione della pena, in termini di tipologia e durata.

Se considerato in questi termini, l'art. 4-*bis* ord. pen. non si configurerebbe come norma processuale, sottoposto al canone del *tempus regit actum*, bensì come norma penale sostanziale, in quanto, disciplinando le modalità esecutive della pena, finisce inevitabilmente per condizionarne anche la qualità²⁹⁵, con la conseguenza che dovrebbe sottostare al principio di irretroattività di cui all'art. 2 c. p. e all'art. 25 Cost.

La modifica apportata all'art. 4-*bis* ord. pen. ha sollevato una serie di questioni interpretative di difficile soluzione²⁹⁶, motivo per cui anche il Tribunale di Sorveglianza di Venezia²⁹⁷, oltre alla Corte di Cassazione²⁹⁸, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6 della legge n. 3 del 2019, sia

²⁹⁵ Si riporta la sentenza della Corte costituzionale (n. 349 del 1993, in C. TREMOLADA, *La legge "spazza corrotti" approda alla Corte costituzionale. L'incidente (di legittimità costituzionale) sollevato dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia*, in *Diritto* 24, ilsole24ore.com, 21 maggio 2019) secondo cui "le misure alternative al carcere [...] partecipano alla natura della pena, proprio per il loro coefficiente di afflittività".

²⁹⁶ V. Cass. Pen., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 marzo 2019 (con commento di G. L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la PA: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*) in cui la Corte, pur ritenendo infondata la questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente, perché non attinente al caso esaminato, ha però riconosciuto la sua non manifesta infondatezza, prospettando l'illegittimità costituzionale del nuovo art. 4-*bis* per la sua applicazione retroattiva, stante anche quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU sull'inapplicabilità retroattiva delle norme che incidono sull'esecuzione della pena, in riferimento alle modalità; v. anche GIP presso Tribunale di Como, ordinanza 8 marzo 2019, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 marzo 2019, in cui si è sostenuta la natura sostanziale della norma, il che determina l'impossibilità di una applicazione retroattiva della stessa, in quanto farlo avrebbe comportato una violazione dell'art. 117 Cost., integrato dall'art. 7 CEDU, e degli artt. 25 Cost e 2 c. p., "norme il cui raggio di operatività non può non estendersi a tutte le disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano [...] un contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo".

²⁹⁷ 8 aprile 2019.

²⁹⁸ Cass., Sez. I, u.p. 18 giugno 2019, in riferimento all'inserimento dell'art. 314 c. p. nel catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis*.

per la presunta violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di rieducazione della pena, sia per la mancanza di una disciplina intertemporale.

SEZIONE III

L'IMPATTO DELLA LEGGE N. 3 DEL 2019 SUL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DA REATO DEGLI ENTI

La corruzione e i reati ad essa affini, come più volte detto nel corso dell'elaborato, sono considerati un vero e proprio cancro dell'era contemporanea, in grado di incidere sui diversi settori dell'ordinamento, travalicando i limiti dell'offesa al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, per andare ad interessare, proprio come delle metastasi, anche quello dell'economia²⁹⁹, della concorrenza e del mercato³⁰⁰.

Per questa ragione, nell'ottica di una lotta a tutto campo alle vicende corruttive³⁰¹, il legislatore del 2019 ha previsto anche delle rilevanti modifiche in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti³⁰².

²⁹⁹ Cfr. G. M. FLICK, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani Pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in Riv. Soc., 2013, p. 510 ss.

³⁰⁰ A questa diffusione ha certamente contribuito anche l'evoluzione delle condotte che classicamente configuravano corruzione, quali lo scambio *sic et simpliciter* di denaro od altra utilità tra due soggetti per il compimento di un atto contrario, oppure per la vendita della funzione pubblica, attualmente sostituite da forme più subdole, che rendono più difficile l'accertamento del reato e la sua repressione, quale, ad esempio, l'utilizzo, sempre più frequente, di interposte persone per effettuare lo scambio illecito, facendo sì che, addirittura, corrotto e corruttore non entrino mai direttamente in contatto.

³⁰¹ V. C. SANTORIELLO, *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in Arch. Pen., fascicolo 1, 2019, per cui la recente legge mostra "il furore sanzionatorio e l'impeto interventista" del Governo nell'ambito del diritto penale.

³⁰² V. G. AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2019, p. 9 ss.

Si tratta di una scelta importante, che mostra la consapevolezza della necessità di fronteggiare il fenomeno anche nell'ambito economico-impresoriale, in cui molto spesso tende ad annidarsi, soprattutto se si tratta di realtà organizzative particolarmente complesse, che ne alimentano la diffusione; in queste situazioni, infatti, i soggetti stipulano un accordo corruttivo con altri, pubblici e privati, finalizzato all'ottenimento di un vantaggio per l'ente di appartenenza, che quindi, necessariamente, deve essere ritenuto ugualmente responsabile dell'illecito, essendosi avvalso di quel contributo criminale.

La scelta, quindi, di intervenire anche su questa disciplina è da salutare con favore³⁰³, soprattutto perché ha dimostrato di avere ben in mente la connessione esistente tra la corruzione e il crimine d'impresa; tuttavia, la riforma presenta molti aspetti critici, riconducibili proprio alle scelte, non sempre oculate, che sono state messe in atto; non si è, infatti, limitata, come accaduto nei precedenti interventi, ad una modifica del catalogo dei reati presupposto, che pure è avvenuta, ma ha inciso anche sulla parte generale del sistema della responsabilità da reato dell'ente, attraverso un importante e, per alcuni versi, sconcertante inasprimento della disciplina in materia di sanzioni interdittive e delle relative misure cautelari, a cui si affianca un intervento anche in riferimento al versante premiale della collaborazione eventualmente prestata dall'ente.

Per capire meglio quanto la legge abbia inciso su questo particolare settore, è necessario, però, partire da una breve analisi del sistema della responsabilità da reato degli enti.

1. Lineamenti generali della responsabilità dell'ente ex d. lgs. n. 231 del 2001

Con il d. lgs. N. 231 del 8 giugno 2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, si è determinato il superamento del

³⁰³ Si tratta di una scelta valutata positivamente da vari autori, quali C. SANTORIELLO, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in Dir. Pen. Proc., fascicolo 6, 2019, p. 756 ss., per cui, però, non è bastata a determinare una considerazione altrettanto positiva anche delle modifiche apportate.

dogma secondo cui *societas delinquere non potest* e, così facendo, si è per la prima volta riconosciuta la possibilità che anche gli enti privati, a certe condizioni, rispondano autonomamente per il reato commesso, nel loro interesse o a loro vantaggio, da un soggetto appartenente alla loro organizzazione.

Il fulcro di questa nuova forma di responsabilità, la cui natura è tutt'oggi molto discussa³⁰⁴, è individuato nel fatto che l'ente risponderà solo nel caso in cui si verifichi una sua "colpa di organizzazione"; l'illecito commesso, infatti, sarà rimproverabile all'ente se lo stesso non abbia, *ex ante*, predisposto un modello di organizzazione, gestione e controllo in grado di prevenire la commissione dei reati della specie di quello concretamente verificatosi, con la conseguenza che, nel caso di accertata idoneità del modello, lo stesso svolgerà una funzione scriminante per l'ente, esonerandolo dalla responsabilità.

Da un punto di vista storico, vi è uno stretto legame intercorrente tra la nascita di questo nuovo sistema di responsabilità e la lotta alla corruzione; infatti, il superamento del dogma del *societas delinquere non potest* e la predisposizione di un sistema di responsabilità da reato degli enti sono state determinate dalla l. n. 300 del 2000, con cui il legislatore ha ratificato e attuato la Convenzione OCSE sulla lotta contro la corruzione dei pubblici funzionari stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, che, nell'art. 2, richiedeva agli Stati aderenti di applicare delle misure che riconoscessero, in conformità con i principi giuridici del singolo Stato, la responsabilità delle persone giuridiche per i reati identificati nella stessa Convenzione, quindi, essenzialmente, reati di corruzione, soprattutto internazionale.

³⁰⁴ Tre sono, infatti, le principali ricostruzioni della stessa; vi è chi sostiene che la responsabilità dell'ente abbia natura sostanzialmente penale, come si deduce dal fatto che la stessa dipenda dalla commissione di un reato, dal fatto che il giudice competente sia quello penale, o, ancora, dalla natura particolarmente gravosa delle sanzioni applicabili; vi è invece chi sostiene la tesi per cui la responsabilità dell'ente sarebbe esclusivamente amministrativa, come dimostrano la stessa rubrica legislativa e la particolare disciplina della prescrizione del reato, sganciata da quella contenuta nel codice penale; tuttavia vi è una sorta di terza via, tracciata dalla giurisprudenza, per cui si tratterebbe di un *tertium genus* di responsabilità, che presenta caratteristiche penalistiche e amministrativistiche insieme (per un'analisi più approfondita si veda AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, G. LATTANZI (a cura di), 2° ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010).

Tenendo in considerazione tali obblighi sovranazionali, e prendendo a modello i *compliance programs* americani e quanto contenuto nel secondo protocollo della Convenzione PIF, il legislatore, l'8 giugno 2001, ha emanato il d. lgs. N. 231, riconoscendo la responsabilità delle persone giuridiche per i reati commessi da soggetti apicali (art. 6) o sottoposti (art. 7), nel caso in cui gli stessi siano stati commessi nel loro interesse o vantaggio.

Ha previsto però la possibilità per l'ente di esentarsi da responsabilità, attraverso la dimostrazione della predisposizione *ex ante* di un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo, purché che sia stato efficacemente attuato.

Il legislatore, infatti, essendo perfettamente conscio della circostanza che la probabilità di verifica di un reato, soprattutto quelli di corruzione, in un qualsiasi contesto aumenta con la disorganizzazione, ha cercato di definire le caratteristiche organizzative dell'ente, attraverso la predisposizione di un sistema di responsabilità in cui si richiede di adottare tutte le misure necessarie e possibili per garantire la legalità all'interno dell'impresa³⁰⁵.

A tal fine vengono previsti i modelli organizzativi, che svolgono quindi, principalmente, una funzione "premiante"³⁰⁶ su un duplice piano; da una parte, la loro adeguata adozione ed applicazione, prima della commissione del fatto, mette a riparo l'ente dalla responsabilità³⁰⁷; dall'altra, se adottato *ex post* e risulti idoneo,

³⁰⁵ Cfr. A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec. Fascicolo 3/4, 2018, p. 622, per cui nel nostro ordinamento il legislatore avrebbe richiesto all'ente di prendere attivamente parte nella lotta alla criminalità d'impresa, attraverso la previsione di un sistema di prevenzione dei reati che si affiancasse all'operato dello Stato, in quanto, essendo più vicino alla realtà imprenditoriale, può meglio valutare i settori maggiormente a rischio ed intervenire in maniera più efficace.

³⁰⁶ Così A. GULLO, *Il contrasto alla corruzione*, cit. p. 94.

³⁰⁷ V. M. A. PASCULLI, S. RUBERTI, *Il modello organizzativo come strumento di (de)responsabilizzazione dell'ente tra pratica e teoria*, in Riv. 231, fascicolo 3, 2013, p. 157 ss, per cui il modello organizzativo ricoprirebbe un triplice ruolo, quale scusante, causa di esclusione della punibilità ovvero fatto impeditivo della fattispecie penale.

comporta una diminuzione della sanzione pecuniaria irrogata e l'impossibilità dell'applicazione della temuta sanzione interdittiva³⁰⁸.

I contenuti e le modalità di redazione del modello sono disciplinati dagli artt. 6 e 7 del decreto, che si configurano come i pilastri³⁰⁹ di tutto l'apparato; l'art. 6, rubricato "Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente" stabilisce che *"se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)".*

A sua volta, l'art. 7 precisa che *"In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. 4. L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello"*.³¹⁰

³⁰⁸ Si parla, a proposito di un "approccio *stick-carrot*" tipico del contrasto alla criminalità economica (cfr. A. GULLO, *Il contrasto alla corruzione*, cit., p. 94).

³⁰⁹ Così E. GUIDO, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2015, p. 285.

³¹⁰ Le due norme forniscono dei parametri diversi di valutazione dell'idoneità ed efficace attuazione del modello, da differenziare a seconda che il reato sia stato commesso da un apicale o da un

Sulla base del rispetto o meno di queste disposizioni, l'ente va incontro alla colpa di organizzazione, per cui è rimproverabile ogniqualvolta il modello non sia stato adottato, ovvero sia stato ritenuto dal giudice inadeguato a prevenire in concreto la commissione dei reati.

Per verificarne l'idoneità e l'effettiva applicazione si deve tenere conto dei criteri determinati dalle due norme richiamate, per cui il modello deve innanzitutto individuare tutte quelle attività nel cui ambito è maggiore il rischio di verifica di reati (attività di "mappatura del rischio" o *risk assessment*), predisporre dei protocolli adeguati per permettere all'ente di prendere le relative decisioni, stabilire le modalità di gestione delle risorse finanziarie per impedire il loro utilizzo a fini illeciti, indicare gli obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza³¹¹ sull'osservanza dei modelli e le sanzioni disciplinari da applicare a chi

sottoposto; nel primo caso, l'ente dovrà provare (con conseguente, e alquanto contestata, inversione dell'onere della prova) di aver adottato ed efficacemente attuato un modello con le caratteristiche delineate, dimostrando, inoltre, che la violazione dello stesso sia stata determinata da una sua elusione fraudolenta da parte del reo; nel secondo caso, invece, si ricollega l'esclusione di responsabilità alla corretta osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza sull'operato altrui, che si presume efficacemente attuato quando abbia disposto un efficace metodo di verifica sullo svolgimento di attività, con modifica nel caso di violazione e abbia predisposto un sistema sanzionatorio disciplinare per i responsabili.

³¹¹ L'Organismo di Vigilanza (OdV), indipendente, autonomo e imparziale rispetto agli altri organi presenti nella struttura dell'ente, svolge una funzione prevalentemente di vigilanza e controllo sull'attuazione e il rispetto del modello organizzativo, adottato dal vertice aziendale, esercitata attraverso degli ampi poteri di ispezione; perché tale attività venga svolta correttamente, è necessario che vengano soddisfatti i quattro requisiti dell'azione dell'OdV, quali l'indipendenza, in riferimento ai soggetti che ne fanno parte, che non devono intrattenere con la società rapporti tali da sfociare in conflitti di interesse oppure da porsi come espressione del vertice aziendale; importante è anche l'autonomia dell'organismo, che gli consente di svolgere in maniera adeguata la propria attività di vigilanza, attraverso l'uso di propri poteri ispettivi; si richiede, poi, la professionalità dei componenti dell'organismo, scelti sulla base delle loro specifiche competenze, in riferimento all'attività di controllo che andranno ad esercitare; è inoltre necessario assicurare la continuità dell'azione, attraverso una continua interazione tra tale organismo e i vertici amministrativi e di controllo della società, e l'imparzialità dell'azione, garantita dalla sussistenza dei requisiti di professionalità ed indipendenza, perché solamente così si può permettere l'esercizio corretto ed equo dell'azione di controllo.

si rende responsabile di eventuali violazioni; in ogni caso si richiede che sia effettuata una verifica periodica sul rispetto delle misure indicate nel modello, procedendo ad una modifica tempestiva nel caso in cui si sia verificata una sua violazione (attività di gestione e controllo del rischio o *risk managment*).

Si individua, così, un modello organizzativo di tipo dinamico, che si va a determinare sulla base delle concrete esigenze di ciascuna impresa, guardando agli artt. 6 e 7 e alle linee guida delle associazioni di categoria come “ossatura”³¹² dell’impianto di gestione e controllo, il cui contenuto particolare deve però essere stabilito non soltanto in base ai concreti rischi di commissione del reato, ma anche alla natura e caratteristiche dell’ente, alle sue dimensioni e alla tipologia di attività svolte.

Da queste prime considerazioni a carattere generale, si evince come il legislatore abbia delineato in maniera precisa i requisiti dei modelli organizzativi, perché questi possano rivestire un’efficacia scriminante nei confronti dell’ente, tuttavia ha omesso di stabilire le modalità attraverso cui il giudice debba procedere al suo giudizio di idoneità e adeguatezza in concreto³¹³.

Essendo, infatti, unanime la considerazione per cui non si può dedurre l’inidoneità del modello organizzativo dalla stessa commissione del fatto di reato,

³¹² Così R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d’impresa nel d. lgs. N. 231 del 2001 e nel d. l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, § 2.1.

³¹³ La discrezionalità del giudice in questo ambito è una questione problematica, soprattutto perché gli si richiede di valutare la *compliance* aziendale, di capire i meccanismi dell’impresa, con evidente difficoltà, in quanto si trova, in tali situazioni, a dover giudicare una realtà di cui però, nella maggior parte dei casi, non ha contezza. Per tale ragione, nel riconoscere la sussistenza della colpa di organizzazione, si è puntato tutto sull’idoneità ed efficacia del modello organizzativo e sulla sua funzione preventiva, senza però tenere conto delle esigenze e dei rischi a cui generalmente va incontro l’impresa nel corso della sua vita; da ciò discende anche il rischio che i modelli adottati dalla società risultino sempre inadeguati, poiché, non esistendo degli standard generici in grado di determinarne l’idoneità e l’efficacia, gli stessi vengono dettati direttamente dal giudice di merito in riferimento al caso concreto, con la conseguenza che la loro efficacia esimente non verrà quasi mai riconosciuta (cfr. A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa*, cit., § 3, p. 630 ss.).

è stato necessario l'intervento della giurisprudenza per stabilire i criteri guida nel giudizio di valutazione, eseguito nella piena discrezionalità del giudice³¹⁴.

A tal riguardo, sono state fondamentali le indicazioni fornite dal Tribunale di Milano³¹⁵, per cui un modello si considera idoneo: quando la sua formazione abbia avuto avvio dalla mappatura del rischio-reato, purché questa sia specifica e completa; quando all'OdV siano riconosciuti effettivi poteri di ispezione e controllo; quando si differenzino in maniera puntuale i destinatari delle specifiche attività; quando siano previsti dei corsi di formazione ed informazione obbligatori, e la comminatoria di sanzioni disciplinari nei confronti dei responsabili delle violazioni del modello; nel caso in cui siano previsti dei meccanismi di tempestiva modifica dei modelli in occasione di sue violazioni, insieme alla predisposizione di un sistema di informazione continuo all'OdV di ogni notizia riguardante la vita dell'ente, la modifica e le violazioni del modello.

In ogni caso, il modello deve essere concreto, efficace e dinamico, in grado di seguire i cambiamenti che interessano la vita dell'ente.

Purtroppo, però, anche dopo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza, rimangono molti dubbi sulle modalità di valutazione dell'idoneità del modello e della sua funzione esimente³¹⁶. Per tale ragione negli anni passati si sono delineate

³¹⁴ La previsione di criteri guida nella valutazione del modello organizzativo, che siano in grado di orientare il giudizio in un senso o in un altro, potrebbe anche produrre degli effetti sull'adozione dello stesso da parte delle imprese che, potendo riporre maggiore fiducia nel giudizio positivo sulla sua idoneità ed efficacia, saranno maggiormente invogliate all'applicazione di tale strumento, la cui adozione, si ricorda, è formalmente facoltativa.

³¹⁵ Si parla del c. d. "decalogo 231".

³¹⁶ Si ritiene che nemmeno le linee guida dettate dalle associazioni di categoria, nonostante siano qualificate nell'art. 6 del decreto come strumenti su cui basare la redazione del modello, non possono fungere da veri e propri criteri di redazione; questi, infatti, potranno al massimo essere considerati dei punti di riferimento nella creazione dei *compliance programs*, ma in ogni caso non potranno mai essere considerati dei parametri per valutarne l'idoneità, anche perché quei criteri così individuati devono essere necessariamente calati nella singola realtà imprenditoriale (cfr. Cass., sez. V, sentenza n. 3307 del 18 dicembre 2013, in [www. Diritto24. Ilsole24ore. Com](http://www.Diritto24.it), in cui si afferma che le linee guida non possiedono il "crisma dell'incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale").

diverse soluzioni per risolvere la questione, volte a incentivare un'evoluzione del modello come delineato nel decreto 231³¹⁷.

Una delle più interessanti è stata quella di “positivizzare” le misure da applicare nell'impresa e che sono ritenute adeguate al contenimento del rischio di commissione dei reati-presupposto, adottando una tecnica legislativa analoga a quella prevista dall'art. 30 del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro

³¹⁷ Queste prospettive si sono mosse soprattutto lungo la previsione di meccanismi premiali ed incentivi, che si vadano ad affiancare al meccanismo sanzionatorio conseguente alla mancata o inadeguata adozione del modello, per spronare gli enti alla diffusione del valore della legalità al loro interno. A questo puntava, in particolare, lo schema di disegno di legge di modifica del sistema 231, formulato nel 2010, che, oltre all'eliminazione del problematico riferimento all'inversione dell'onere della prova di cui al co. 1 dell'art. 6, si caratterizzava soprattutto per l'accresciuta efficacia scriminante dei modelli organizzativi, la cui idoneità sarebbe stata attestata da “certificatori”. In particolare, la procedura di cui all'art. 7-bis dello schema di modifica prevedeva la possibilità per l'ente di non essere punito, salvo il caso in cui vi fosse stata una mancata corrispondenza tra il modello adottato in concreto e quello certificato come idoneo e vi fosse stata un situazione di “inidoneità sopravvenuta”, determinata da “significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede”, facendo comunque salvo, in ogni caso, il potere di valutazione in capo al giudice, che, in questa prospettiva, avrebbe interessato l'effettiva corrispondenza tra il modello adottato e quello certificato; cfr. anche . F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al d. lgs. N. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in Società, fascicolo 10, 2010, p. 1247 ss.; contro questa proposta v. G. M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d. lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in Riv. Soc., §5, p. 1298 ss., che si contestava soprattutto la volontà di prevedere una sorta di presunzione “secca” dell'idoneità del modello, esclusa solo in due specifici casi, che, ad ogni modo, per come formulati, mal si conciliavano con i presupposti della responsabilità dell'ente e non risolvevano *in toto* i problemi sul giudizio di idoneità dei modelli; la certificazione, infatti, avrebbe avuto il ruolo esclusivo di ausilio nel giudizio di idoneità, senza però avere la capacità di escludere totalmente la responsabilità dell'ente, che può sorgere, in ogni caso, anche per ragioni diverse dall'ineffettività del modello adottato; inoltre, la previsione di un simile automatismo nell'esclusione della responsabilità avrebbe contrastato con il principio del libero convincimento del giudice, a cui sarebbe stato sottratto il giudizio sulla colpa di organizzazione, poiché questo sarebbe stato attribuito ad un soggetto privato, il “certificatore”, la cui attività avrebbe avuto un effetto preclusivo (cfr. E. GUIDO, *Il valore della legalità nell'impresa*, cit., § 2, p. 288; id. A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa*, cit., § 3, P. 612).

(TUSL), precisando le procedure e i meccanismi di prevenzione che possono fungere da linee guida alle società nella predisposizione dei modelli; tuttavia, a contrastare questa estensione è la stessa natura degli illeciti da cui discende la responsabilità dell'ente nel sistema 231 e nel sistema della sicurezza sui luoghi di lavoro³¹⁸; in quest'ultimo caso, infatti, la determinazione, *ex art. 30 del TUSL*, di più specifiche regole cautelari è giustificata dalla natura dei reati alla cui commissione segue la responsabilità del datore di lavoro, vale a dire, reati colposi; diversamente, nel sistema 231, la colpa d'organizzazione discende dalla commissione di reati principalmente dolosi, per cui risulterebbe impropria la determinazione di regole cautelari, analoghe a quelle dell'art. 30, per orientare la definizione del modello organizzativo, anche perché sarebbe in grado di risolvere solo apparentemente il problema.

Nonostante questi primi tentativi di riforma del sistema dei modelli organizzativi non sia andato a buon fine, è comunque rimasta di grande attualità l'idea della necessità di attribuire maggior importanza alla collaborazione dell'ente nel sistema di prevenzione dei reati-presupposto della sua responsabilità³¹⁹.

³¹⁸ Contrasto sottolineato da E. GUIDO, *Il valore della legalità nell'impresa*, cit., § 2, p. 288; id. A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa*, cit., § 3, p. 612.

³¹⁹ È necessario, infatti, trovare una soluzione a quello che F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d. lgs. vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2017, p. 945 ss., chiama il "dilemma del prigioniero"; nell'ambito della responsabilità degli enti giocano un proprio ruolo l'impresa e lo Stato, che dovrebbero cooperare per raggiungere i loro obiettivi: lo Stato vuole fronteggiare la criminalità economica e questo può essere agevolmente compiuto solo attraverso la collaborazione dell'impresa privata, che a sua volta ha interesse a contrastare il crimine interno, per non incorrere in una propria responsabilità, motivo per cui deve aderire alle regole fissate dall'ordinamento; il problema, a questo punto, sta nella mancanza di un punto di raccordo tra queste due esigenze che potrebbero saldarsi a vicenda. Si riporta come "all'organizzazione privata è richiesto di investire ampie risorse nella *compliance*, ma ogni eventuale beneficio della cooperazione è rimandato alla valutazione giudiziale tramite la quale viene ricostruita, *ex post*, la regola di condotta che avrebbe dovuto essere adottata"; a questo problema si aggiunga poi il fatto che "nei casi in cui si verifica un reato, l'impresa, in assenza di un "accordo" affidabile e di un premio sicuro per la collaborazione, non favorisce l'emersione dell'illecito sperando di neutralizzare il rischio di un incremento della responsabilità". Da qui la

Questa necessità trova la sua ragion d'essere nell'opportunità di diffondere nelle imprese una vera e propria "etica della legalità"³²⁰, in grado di determinare dei benefici a favore degli enti di fronte alla commissione di un fatto di reato, attraverso un'adeguata organizzazione del sistema di prevenzione, anche *post delictum*, a cui si aggiungono la previsione di meccanismi che favoriscano l'autodenuncia e la cooperazione con l'Autorità Giudiziaria nello svolgimento delle indagini³²¹.

Nonostante le possibili complicazioni³²² che potrebbero derivare dall'applicazione di un simile sistema, in molti hanno sottolineato la necessità di una previsione analoga anche nella nostra disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche³²³.

necessità di un mutamento di rotta nel sistema 231 e nella previsione di meccanismi di collaborazione.

³²⁰ Così A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa*, cit., § 1 parte II, p. 635.

³²¹ Anche in questa prospettiva, ci si potrebbe rifare ai meccanismi di *internal investigation* proprio dell'ordinamento americano, utilizzati come mezzo di accesso alla giustizia negoziata; viene previsto che, per le imprese che attuino degli strumenti utili a combattere la criminalità d'impresa, aiutando anche gli inquirenti nelle indagini, ai fini dell'individuazione dei responsabili dei reati commessi, dei benefici, che possono consistere in accordi di non incriminazione (NPA) ovvero di differimento della stessa (DPA). In questa maniera l'ente ottiene un beneficio sul piano del trattamento sanzionatorio e allo stesso tempo si promuove la diffusione di un sistema di cooperazione tra imprese e Stato nella lotta alla criminalità imprenditoriale (cfr. A. SERENI, *Colpa e cooperazione*, cit., § 1 parte II, p. 635 ss.

³²² Si potrebbero, infatti, generare alcuni problemi, quale il fatto che alla tradizionale responsabilità per colpa di organizzazione, si aggiungerebbe una responsabilità per colpa "di reazione", in caso di mancata collaborazione dell'ente; questo perché, adottando un meccanismo premiale simile a quello in uso in America, si finirebbe per richiedere all'ente non solo di predisporre degli adeguati ed effettivi mezzi di prevenzione dei reati, ma anche di dimostrare, successivamente alla commissione del fatto, la lealtà verso gli organi inquirenti, attraverso il concreto ausilio nelle indagini, anche tramite la previsione di proprie indagini interne.

³²³ Questa opportunità è stata evidenziata anche nelle Raccomandazioni del B20 *Anti-corruption Working Group*, rivolte al G20 svolto in Australia nel 2014, in cui si raccomandavano i governi presenti ad armonizzare le norme sulla responsabilità delle persone giuridiche, prevedendo l'applicazione di incentivi alle imprese, nel caso in cui adottino un efficace sistema di prevenzione della corruzione, ma anche di incentivare le stesse alla collaborazione, tramite delle segnalazioni

Si è pensato, quindi, di introdurre nel sistema 231 un modello premiale che si rifacesse a quello previsto in alcune disposizioni del codice penale per le persone fisiche, in cui la premialità si ricollega alla tempestività ed utilità delle informazioni rilasciate all'autorità inquirente; analogamente si potrebbe richiedere all'ente di effettuare ogni segnalazione sui delitti commessi al suo interno, in modo che, se intervenuta in maniera tempestiva, quando ancora non si abbia conoscenza della *notitia criminis*, e qualificata utile alle indagini, possa conseguire il beneficio premiale; da ciò alcuni autori³²⁴ ritengono opportuna l'introduzione di una causa di non punibilità per l'ente che, prima di ricevere l'informazione di garanzia, abbia fornito all'autorità competente tutti gli elementi di prova determinanti per ricostruire esattamente il fatto e per individuare i suoi autori, rendendo comunque applicabile la previsione di cui all'art. 17 del decreto³²⁵, per cui all'ente non si applicano le sanzioni interdittive se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal delitto, e abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato attraverso la predisposizione di un modello idoneo. Inoltre, si è anche proposto di incentivare la collaborazione dell'ente, dandogli una seconda possibilità di denunciare i fatti, con conseguente importante diminuzione della sanzione pecuniaria e non applicazione di quella interdittiva, nel caso in cui la stessa condotta collaborativa intervenga nel momento in cui gli viene contestato l'illecito; si creerebbe, in questa maniera, un "sistema

(cd. *self-reporting*) delle condotte illecite rilevate. Anche l'OCSE aveva sottolineato la necessità di introdurre tali meccanismi, in quanto ha rilevato come, su 427 casi di corruzione internazionale accertati, più del 30% degli stessi sia stato individuato proprio grazie alla collaborazione dell'ente (cfr. A. SERENI, *Colpa e cooperazione*, cit., § 2, p. 637).

³²⁴ Cfr. F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., § 10; id. R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa*, cit., § 2.2.

³²⁵ Per l'autore è incongruente la previsione di una diminuzione di pena in caso di condotta riparatoria *post delictum* e l'assenza di una totale esclusione di pena a seguito di una condotta collaborativa che possa fungere da incentivo; infatti, nella situazione attuale, si rischia che l'ente che sia venuto a conoscenza dell'illecito, non potendo contare in alcun modo sulla presenza di un agevolazione premiale in tale ipotesi, e che lo abbia denunciato, finisca per vedere aperto nei suoi confronti un procedimento penale e di vedersi applicare anche una misura cautelare.

decescente di benefici”³²⁶ che vanno a modificare le proprie conseguenze a seconda del momento in cui interviene la collaborazione³²⁷.

La riforma del 2019, nella parte in cui ha interessato il d. lgs. 231 del 2001, ha solo in parte recepito queste proposte, inserendo nell’art. 25, in materia di reati di corruzione, il co. 5 *bis*, recante una sorta di circostanza attenuante applicabile all’ente che abbia deciso di collaborare utilmente con gli inquirenti, elaborata sulla scia della causa di non punibilità prevista per la persona fisica. Si tratta di una scelta sicuramente di grande interesse, ma che, nella prassi, mostra delle notevoli criticità.

2. La collaborazione processuale dell’ente nella legge c. d. “spazza corrotti”

In particolare, la legge ha ampliato i casi di responsabilità dell’ente al reato di traffico di influenze illecite di cui all’art. 346-*bis*, così come modificato dalla stessa riforma, ora integrato all’art. 25 del decreto 231 ed è intervenuta sul duplice piano dell’entità delle sanzioni interdittive e sulla previsione di un meccanismo premiale nel caso di collaborazione processuale dell’ente, che riveste un ruolo

³²⁶ Così A. SERENI, *Colpa e cooperazione*, cit., § 2, p. 639.

³²⁷ Tuttavia, diverse sono le questioni problematiche che potrebbero sorgere nell’applicare queste proposte, come la possibilità che possano essere utilizzate in maniera strumentale per fare dei singoli dei veri e propri “capri espiatori”, in ragione dell’impunità dell’ente; è anche possibile che, prevenendo un automatismo tra la collaborazione e la non punibilità, questa intervenga anche quando il reato sia effettivamente riconducibile ad un’inefficienza organizzativa della società; in ogni caso, rimane comunque la questione reputazionale da affrontare, poiché, a seguito della denuncia, l’ente comunque sarebbe messo in cattiva luce, senza pensare a tutti i costi che l’emersione del reato comporterebbe in termini di indagini e verifiche interne. È inoltre possibile che la mancata volontà dell’ente di collaborare venga a ritorcersi su di lui, potendo questa scelta essere interpretata dal giudice come un sintomo della sua colpa d’organizzazione; si porrebbe così un contrasto, di difficile soluzione, tra il diritto di difesa dell’ente e la necessaria collaborazione per godere del beneficio, che porterebbe ad un contrasto con gli stessi principi liberali del diritto penale, si ripropongono, in sostanza, tutte le questioni poste dalle dottrine sulla causa di non punibilità di cui all’art. 323-*ter* c. p.

diverso a seconda che si riferisca all'autore individuale dell'illecito presupposto ovvero direttamente all'ente³²⁸.

Per quanto riguarda il primo piano di intervento, questo riguarda la modifica dell'entità delle sanzioni interdittive³²⁹; si tratta di una ridefinizione dei limiti edittali delle pene per i reati di corruzione commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che producono delle notevoli conseguenze anche sul piano della collaborazione.

La modifica dell'art. 13, co. 2 del decreto, ha fatto sì che alla disciplina generale dei termini di durata delle sanzioni interdittive se ne affiancasse un'altra, specificatamente dettata per i reati presupposto di cui all'art. 25; se, infatti, l'art. 13, al co. 2 prevede che questo tipo di sanzioni, per le conseguenze gravose che

³²⁸ In termini molto critici sulle innovazioni della riforma M. BONSEGNA, S. MICELI, *I pesanti effetti della spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in Riv. 231, fascicolo 3, 2019, p. 77 ss.; id. in *L'avanzata della lotta alla corruzione e l'impatto sui sistemi organizzativi 231*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2019, p. 309 ss.

³²⁹ La modifica dell'art. 25, co.5, del decreto, ha interessato, in maniera speculare, anche l'art. 51, riguardante le misure cautelari interdittive. Secondo questa norma, infatti, la durata massima delle misure, applicate in sede di indagini preliminari, non poteva superare la metà del termine massimo indicato dall'art. 13, co. 2, vale a dire un anno, mentre, nel caso di applicazione della misura dopo la sentenza di condanna di primo grado, la durata massima che si poteva prevedere era quella prevista per la corrispondente sanzione applicata nel caso considerato, con proroga che non poteva essere superiore ai due terzi del termine massimo. Prima dell'intervento del 2019, quindi, il termine di durata della misura cautelare veniva stabilito sulla base della sanzione applicata, con un metodo di determinazione che risultava ragionevole, nel momento in cui non si distingueva il termine di durata delle sanzioni interdittive, individuato per tutti i reati in maniera generale all'art.13, co. 2, a prescindere dal reato commesso, nel massimo di due anni; con la modifica della legge n. 3 del 2019, invece, si prevede un termine di durata diverso e notevolmente più elevato ogniqualvolta il giudice abbia a che fare con una sentenza di condanna di primo grado relativa ad un reato di corruzione; in ogni caso, la legge ha modificato i primi due commi dell'art. 51, disponendo che, nel caso di misura cautelare interdittiva da applicare in sede di indagini, la durata della stessa non possa essere superiore all'anno, mentre, nel caso in cui sia intervenuta la sentenza di condanna di primo grado, che la durata possa essere la stessa di quella dettata per la sanzione, prevedendo però che, in caso di proroga, questa non possa superare un anno e quattro mesi; critico a tal proposito C. SANTORIELLO, *Decreto "spazzacorrotti" e responsabilità da reato delle società*, cit., § 4.

comportano³³⁰, non possano essere superiori ai due anni, con la modifica si prevede che ciò avvenga “fermo restando quanto previsto dall’art. 25 co. 5”; tale disposizione stabilisce infatti una durata differente della sanzione interdittiva a seconda che sia stata commessa: da un apicale, nel qual caso avrà una durata non inferiore a quattro e non superiore a sette anni, ovvero da un sottoposto, con la conseguenza che la durata dell’interdizione non potrà essere inferiore a due anni e non superiore a quattro³³¹.

Tale innovazione, secondo quanto si legge anche nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge, è stata voluta per rendere coerente il sistema sanzionatorio previsto per la persona fisica, caratterizzato da un notevole aggravamento delle pene accessorie, con quello stabilito per l’ente; coerenza che si è ricercata anche nella predisposizione del meccanismo premiale (anch’esso, come

³³⁰ Tali sanzioni, infatti, hanno natura afflittiva e gravemente incapacitante per l’ente, dal momento che la loro applicazione determina una paralisi dell’esercizio dell’attività, ovvero una limitazione della sua capacità giuridica o finanziaria, motivo per cui la loro applicazione è subordinata al ricorrere di una serie di requisiti (che l’ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e che il reato sia stato commesso da un apicale o un sottoposto, la cui attività sia stata agevolata dalla carenza organizzativa, ovvero nel caso in cui vi sia stata una reiterazione dell’illecito); cfr. C. PIERGALLINI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dir. Pen. e Proc.*, fascicolo 6, 2019, p. 745 ss.

³³¹ Si tratta di un trattamento sanzionatorio del tutto irragionevole, che mostra una completa ignoranza della realtà imprenditoriale, poiché attribuire una simile entità ad una sanzione interdittiva che, per regola generale deve essere temporanea (salvo casi eccezionali, quali quello dell’ente intrinsecamente illecito), significa qualificarla come sostanzialmente definitiva: impedire, infatti, all’ente di esercitare la propria attività per un periodo superiore ai 2 anni significa condannarlo a morte (Cfr. C. PIERGALLINI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit.; C. SANTORIELLO, *Decreto “spazza-corrotti” e responsabilità da reato delle società*, cit.; R. QUINTANA, *Anticorruzione. Novità legislative e riflessi sull’attività d’impresa*, in diritto24.ilsole24ore.com; inoltre, anche precedentemente all’approvazione definitiva della legge, sia la dottrina, nella persona del prof. M. MASUCCI, sia le autorità pubbliche, come l’ANAC, sia Confindustria, avevano fatto rilevare l’incongruenza di una tale durata (che, addirittura, nel d. d. l. Bonafede andava dal minimo di cinque anni al massimo di dieci) che avrebbe provocato, come sicuro effetto, una paralisi dell’impresa, con conseguenze negative anche sul mercato e sull’occupazione (cfr. Opinioni al d. d. l. n. 1189/2018).

per la persona fisica, predisposto quale contraltare all'aggravamento delle sanzioni) della collaborazione processuale delineato dal nuovo co. 5-*bis* dell'art. 25, secondo cui all'ente è applicabile una circostanza attenuante, determinante il riconoscimento della sanzione interdittiva nei termini generali di cui all'art. 13 e non quelli speciali di nuovo conio, nel caso in cui, prima della sentenza di primo grado, si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o delle altre utilità trasferite, e dimostri di aver eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato, attraverso l'adozione e attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Tuttavia, questa idea della continuità della responsabilità della persona fisica con quella dell'ente si basa su dei presupposti completamente errati, dove si mostra di non considerare minimamente la circostanza, di non poca rilevanza, per cui la responsabilità dell'ente si basa su dei principi del tutto diversi ed autonomi rispetto a quelli dettati per la persona fisica, tra cui gioca un ruolo preminente quello fissato dall'art. 8 del decreto, che sancisce il principio di autonomia.

2.1. Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente

Quando il legislatore ha elaborato il sistema della responsabilità dell'ente nel 2001, ha fin da subito scartato la possibilità che la si potesse qualificare come sussidiaria o solidale rispetto a quella della persona fisica, per evitare che ciò portasse alla individuazione di veri e propri capri espiatori ogniqualvolta si fosse verificato un reato all'interno dell'impresa. Ciò nonostante, ha deciso di legarla alla commissione di un illecito da parte di un apicale o di un sottoposto, che abbia agito nell'interesse o vantaggio dell'ente, il quale abbia, in qualche modo, agevolato la commissione del fatto attraverso una condotta colposa di omessa organizzazione³³²; ciò significa che la responsabilità dell'ente, pur essendo ricollegata a quella della

³³² In questi termini O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali nel nuovo illecito punitivo*, in AA. VV. *Reati e responsabilità degli enti*, op. cit., §1.18, p. 135 ss.

persona fisica autrice dell'illecito, risulta sempre differente ed autonoma³³³ rispetto alla stessa.

Il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente è fissato nell'art. 8 del decreto, in cui si stabilisce che *“la responsabilità dell'ente sussiste anche quando a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia”*.

La lettera a) è volta ad evitare che l'ente vada esente da responsabilità ogni volta che sia stata impossibile l'individuazione dell'autore del reato presupposto, la cui commissione è stata facilitata dall'omessa adeguata organizzazione da parte dell'ente; si tratta di una scelta di politica criminale che si mostra conscia della realtà imprenditoriale, in cui, nella maggior parte dei casi, opera un numero elevato di soggetti, che possono porre in essere una vasta gamma di comportamenti penalmente illeciti, ma che, molte volte, possono rimanere anonimi. Per questo il legislatore ha elaborato la responsabilità dell'ente in maniera tale che risulti accessoria a quella della persona fisica autrice del reato presupposto commesso nell'interesse o vantaggio dell'impresa, facendo sì che questa risponda per colpa di organizzazione, a prescindere dalla concreta identificazione del soggetto agente³³⁴. Ma la disposizione non si limita a questo; stabilisce che l'ente sia responsabile anche nell'ipotesi in cui la persona fisica autrice del reato non sia imputabile³³⁵.

³³³ Basti pensare al fatto che il reato assuma un disvalore differente a seconda che si riferisca alla persona fisica ovvero all'ente, il quale, ad esempio, si vedrà applicare la sanzione nello stesso ammontare a prescindere dal fatto che il reato sia stato consumato ovvero solamente tentato.

³³⁴ Si ritiene che l'ente risponda autonomamente anche nel caso in cui l'autore del reato sia stato identificato, ma poi, nel processo, sia stato assolto per non aver commesso il fatto; in tale ipotesi, infatti, si è accertato la sussistenza del reato, ma non la colpevolezza dell'imputato persona fisica.

³³⁵ Questa precisazione ha fatto scaturire una serie di critiche in riferimento al rispetto dei principi generali della responsabilità penale; se infatti si ritiene l'imputabilità un presupposto della colpevolezza, si può sostenere che la sua mancanza faccia venir meno anche la presenza stessa del reato (di cui la colpevolezza rappresenta un elemento imprescindibile); è anche vero, però, che se viene a mancare il reato, viene meno, di conseguenza, anche il presupposto della responsabilità penale della persona giuridica. Tuttavia, si replica a tali contestazioni attraverso il richiamo alla disciplina del concorso di persone nel reato (a cui si assimila anche il rapporto esistente tra l'ente e

Secondo la lettera b), l'ente sarà ugualmente responsabile nel caso in cui il reato si sia estinto per ragione diversa dall'amnistia; ci si riferisce, così, a tutte quelle situazioni in cui abbiano luogo degli interventi normativi che vadano ad incidere esclusivamente sulla pena irrogata al reo persona fisica³³⁶, lasciando inalterata la qualificazione del fatto commesso come reato.

Nonostante l'importanza dell'autonomia come uno dei principi fondamentali della responsabilità dell'ente, si può vedere, anche da un'analisi superficiale delle modifiche effettuate con la legge del 2019, come sia stata del tutto ignorata, fino al punto da dettare delle disposizioni che si pongono nettamente in contrasto con l'art. 8.

Si può facilmente fare riferimento al fatto che la sanzione interdittiva applicabile all'ente abbia durata diversa a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto apicale ovvero da un sottoposto, da cui discende la necessaria identificazione di questi soggetti e la conseguente diversa entità della sanzione interdittiva³³⁷; affermando, infatti, la differente portata sanzionatoria a seconda che il reato sia stato commesso dall'apicale o dal sottoposto, fa sì che, praticamente, l'ente sia obbligato ad individuare il responsabile persona fisica, in riferimento ai delitti di corruzione, altrimenti la sanzione di cui all'art. 25, co. 5 non potrebbe trovare applicazione nei termini stabiliti³³⁸; di conseguenza, volendo preservare il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, in questa sede trascurato, si

la persona fisica), per cui si ritiene sufficiente la sussistenza della sola tipicità del fatto per riconoscere la sua esistenza.

³³⁶ Questo accade, ad esempio, nel caso di immunità riconosciuta al reo, ovvero nel caso in cui la punibilità sia subordinata al verificarsi di una condizione; rimane invece dubbia la possibilità che rientri nella situazione dettata dalla lettera b) quella riguardante le cause di esclusione della punibilità determinate da una valutazione di convenienza del legislatore, come accade per la causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c. p.

³³⁷ Se non vi sono particolari problemi a identificare gli apicali nei vertici aziendali, quali i componenti del CdA, i sindaci, i direttori generali, o l'Amministratore Delegato, sicuramente più difficile è dare una collocazione nell'una o nell'altra categoria per soggetti come i preposti o soggetti che rivestano una posizione analoga.

³³⁸ Rimane comunque impregiudicata la possibilità di applicare le sanzioni interdittive nei termini generali, di cui all'art. 13, co. 2.

dovrebbe procedere ad una disapplicazione della nuova previsione, ogniqualvolta sia impossibile individuare la persona fisica responsabile del reato e , in conseguenza, la sua qualifica come apicale ovvero sottoposto, trovando applicazione, nel caso in cui la responsabilità dell'ente venga provata, il generale meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 13.

Secondo parte della dottrina, questa modifica sarebbe espressione di un vero e proprio “tradimento delle ragioni del sistema 231”³³⁹. Se da una parte, infatti, è apprezzabile che si sia posta una maggiore attenzione alla prevenzione e repressione della corruzione nell'ambito imprenditoriale, dall'altro, però, la predisposizione di un simile impianto sanzionatorio per questa tipologia di reati va a ribaltare l'idea stessa su cui si fonda il sistema 231; tutte le modifiche e le innovazioni apportate dalla legge non fanno altro che mostrare il volto dispotico dello Stato, che, nell'ottica dell'obiettivo “corruzione zero”, punisce con delle pene draconiane³⁴⁰ le società coinvolte nei fatti di corruzione, trascurando i principi su cui si fonda il sistema 231³⁴¹, anche nella predisposizione del nuovo meccanismo premiale.

³³⁹ Così C. SANTORIELLO, *Decreto “spazza-corrotti” e responsabilità da reato delle società*, cit., § 4.

³⁴⁰ Con la conseguenza che l'ente coinvolto in fatti di corruzione, per evitare di incappare nella relativa responsabilità e nelle conseguenti sanzioni, sia obbligato ad intensificare i controlli interni e a modificare la propria struttura interna in maniera tale da ridurre al minimo il rischio di corruzione, fatto che si traduce, necessariamente, anche in un progressivo isolamento dell'ente dal mondo della concorrenza e del mercato: è infatti noto come la maggior parte dei fatti di corruzione nel mondo societario siano ricollegabili a contatti con fornitori, pubblici e privati, come anche alla stipulazione di contratti, quindi eliminare o attenuare il pericolo di commissione del reato di corruzione significherebbe evitare di stipulare contratti, in quanto essi stessi sono facili veicoli di diffusione del fenomeno corruttivo.

³⁴¹ La riforma, per perseguire un utopico disegno di sradicamento della corruzione in ogni ambito, non ha considerato che molto spesso questo fenomeno sia da ricollegare non ad una cattiva politica di organizzazione e gestione dell'ente, quanto ad un'illegalità ben più profonda, che può essere sconfitta solamente tramite un'adeguata diffusione della cultura della legalità, che porti ogni persona che venga a conoscenza di un illecito a denunciarla senza alcuna remora (si rinvia al Cap. IV).

2.2. Le criticità emerse in riferimento alla previsione della collaborazione processuale di cui all'art. 25, co. 5-bis.

Si è già ricordato come la legge del 2019 abbia cercato di limitare le conseguenze pregiudizievoli per l'ente, derivanti dall'applicazione della draconiana sanzione interdittiva applicabile ai reati di corruzione attraverso l'introduzione di una circostanza attenuante in caso di collaborazione processuale dell'ente³⁴².

Tuttavia, il fatto di predisporre una scelta premiale per l'ente che si basi sulla medesima logica che ispira la causa di non punibilità applicabile alla persona fisica è del tutto irragionevole, se si considera la natura accessoria della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica autrice del reato.

L'irragionevolezza si mostra considerando, in primo luogo, la circostanza per cui la collaborazione debba consistere, oltre che nell'adoperarsi per evitare una progressione dell'offesa e nell'assicurare le prove dei reati, anche nella "individuazione dei responsabili"; si tratta di un inciso che comporta una serie di conseguenze: se, infatti, gli autori del reato sono già stati individuati a prescindere dalla collaborazione dell'ente, allora a ciò segue l'avvio del procedimento a suo carico, indipendentemente dalla collaborazione prestata; se, invece, gli autori ancora non sono stati individuati, non si riesce a rintracciare la ragione per cui l'ente debba collaborare in tal senso, dal momento che, dalla denuncia effettuata, in ragione del principio di autonomia della sua responsabilità, deriverebbe un procedimento a suo carico.

Ciò significa che la disposizione rischia di rimanere priva di effettività, dal momento che la collaborazione potrebbe non considerarsi più utile, se i responsabili siano già stati individuati, ma allo stesso tempo l'ente potrebbe decidere di non collaborare all'individuazione dei colpevoli, stante le conseguenze sanzionatorie

³⁴² Il nuovo co. 5-bis afferma che *"se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili, ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2"*.

che gli verrebbero poi applicate, di gran lunga superiori rispetto a quelle previste secondo la disciplina generale di cui all'art. 17.

Sempre legato al principio dell'autonomia della responsabilità è anche il problema che sorge nel caso in cui l'ente abbia collaborato individuando la persona fisica autrice del reato, a cui, però, sia stata riconosciuta l'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 323-*ter* c. p. (applicabile a tutti i reati previsti nell'art. 25 del decreto, eccetto concussione e traffico di influenze illecite). Questa situazione può infatti generare alcuni effetti indiretti sulla responsabilità dell'ente, andandola a delimitare.

A tal proposito è però fondamentale fare riferimento al testo dell'art. 8 del decreto, il quale riconosce l'ente quale autonomamente responsabile esclusivamente nel caso in cui la persona fisica autrice del reato presupposto non sia individuabile o non sia imputabile, e non quando, diversamente, il soggetto non risulti, per altri motivi, punibile. La soluzione che si prefigge in questa situazione assume connotati diversi a seconda che il reato di corruzione sia stato posto in essere da un soggetto interno od esterno all'ente; nel primo caso, poiché ci si riferisce comunque ad un reato di corruzione, a concorso necessario, vi sarà un soggetto, il collaborante, pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, non punibile, con la conseguenza che l'ente potrà, in astratto, rispondere del reato commesso nel suo interesse o in suo vantaggio, a prescindere dall'individuazione del corruttore; nel secondo caso, in cui il collaborante non punibile sia il privato corruttore, l'ente non potrà in ogni caso essere perseguito, poiché l'art. 8 stabilisce che l'ente possa rispondere autonomamente per il reato commesso solamente se questo sia stato posto in essere da un suo apicale o da un sottoposto, e non che ne risponda indipendentemente dalla qualifica soggettiva del reo³⁴³.

Inoltre, interpretando letteralmente l'art. 8, lettera b), l'ente risponderebbe del reato solo nel caso in cui si sia estinto per la persona fisica, ma non quando il fatto non risulti punibile per mere ragioni di opportunità politico-criminale; la

³⁴³ La norma infatti non si limita ad affermare un principio, ma ne delimita anche la portata applicativa, evitando che la responsabilità si estenda a tutti quei casi non espressamente individuati dall'art. 8.

soluzione da applicare a questa situazione è ancora molto dibattuta, nonostante una questione simile sia stata sottoposta alla Corte di Cassazione³⁴⁴, che si è pronunciata sulla possibilità o meno di ritenere l'ente esente da responsabilità, ai sensi dell'art. 8, quando alla persona fisica responsabile del reato presupposto sia riconosciuta la non punibilità per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c. p.³⁴⁵; a tal riguardo, la Corte ha interpretato in maniera estensiva la disposizione contenuta alla lettera b), ritenendo che, anche nel caso in cui la persona fisica autrice del reato non venga punita per ragioni di opportunità valutate dal legislatore, l'ente debba comunque essere ritenuto autonomamente responsabile, ogniqualvolta sia presente un reato accertato in tutte le sue componenti; infatti, la sentenza dichiarante la non punibilità per particolare tenuità del fatto produce i suoi effetti solo sulla sanzione, senza andare ad interessare anche il reato in sé, che rimane intatto.

Tale considerazione potrebbe estendersi a tutte le cause sopravvenute di non punibilità, tra cui anche quella collegata alla collaborazione *post delictum*; tuttavia, si ritiene che una simile interpretazione possa contrastare con il principio di legalità in materia penale, risolvendosi in una applicazione analogica *in malam partem*³⁴⁶.

Ma le criticità non finiscono qui; si ritiene, infatti, che il meccanismo premiale delineato nel nuovo co. 5-*bis* rimarrà sostanzialmente sulla carta.

Bisogna infatti considerare che l'intero sistema è stato elaborato nel 2001 sulla base della filosofia del “bastone e della carota”, secondo cui il legislatore mostra le gravi conseguenze sanzionatorie a cui l'ente può andare incontro nel caso in cui venga accertata la sua colpa di organizzazione, attraverso la previsione di

³⁴⁴ Cass. Pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) n. 9072, con nota di P. CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, fascicolo 5, 2018, p. 157 ss.

³⁴⁵ Norma rientrante tra le cause di non punibilità, motivo per cui il Tribunale aveva riconosciuto l'estensione della non punibilità all'ente, stante il fatto che l'art. 8 del decreto 231, alla lettera b), riconosca l'autonoma ricorrenza della responsabilità all'impresa solo nel caso in cui il reato si sia estinto per cause diverse dall'amnistia, come accade con le cause di estinzione che, non escludendo la sussistenza del reato, non vanno ad incidere sulla responsabilità dell'ente; diversamente accade invece per le cause di non punibilità, non richiamate nella disposizione di cui all'art. 8, e quindi estendibili anche all'ente.

³⁴⁶ Cfr. P. CIRILLO, *L'estensione della punibilità*, cit., § 5.

sanzioni pecuniarie, interdittive, nonché della confisca, anche per equivalente, e la pubblicazione della sentenza di condanna; ma, allo stesso tempo, stabilisce la possibilità, per l'impresa, di evitare o limitare gli effetti dannosi che le deriverebbero dal reato attraverso l'applicazione di condotte riparatorie e risarcitorie, quali la messa a disposizione del profitto conseguito, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, e la predisposizione di un modello organizzativo idoneo a fronteggiare reati del tipo di quello verificatosi, dopo aver individuato ed eliminato le carenze organizzative che avevano agevolato la sua commissione, prevedendo che, nel caso in cui tali condotte siano state poste in essere prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente beneficerà della esclusione dell'applicazione delle sanzioni interdittive e di un'importante riduzione dell'ammontare della sanzione pecuniaria.³⁴⁷

Queste condotte, enumerate nell'art. 17 del decreto, nel momento in cui sono poste in essere congiuntamente, mostrano una volontà dell'ente di porre rimedio, *ex post*, al fatto lesivo che si è verificato, riducendo le conseguenze dannose che questo ha provocato e reintegrando l'offesa arrecata al bene giuridico tutelato.

Inoltre, l'importanza data alle condotte riparatorie nel sistema 231 è così elevata, che la loro applicazione ha un'efficacia trasversale, in quanto produce effetti favorevoli per l'ente sia nel caso in cui vengano poste in essere nella fase procedimentale, sia quando operino nella fase esecutiva, nel qual caso si prevede che la riparazione tardiva determini la conversione della sanzione interdittiva applicata con una sanzione pecuniaria, che si aggiunge a quella già inflitta (art. 78 decreto). Ciò a cui il legislatore ha voluto dare importanza con queste previsioni è la reintegrazione della legalità all'interno dell'impresa, precedentemente violata dalla commissione del reato presupposto³⁴⁸, che viene incentivata attraverso la predisposizione di benefici sul piano sanzionatorio.

³⁴⁷ Cfr. C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità dell'ente*, in *Dir. Pen. e Proc.*, fascicolo 4, 2019, p. 530 ss.

³⁴⁸ Il legislatore è infatti conscio della circostanza che sia la mancata organizzazione a facilitare lo sviluppo dei crimini d'impresa, per questo motivo incentiva la predisposizione di un adeguato modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio d'impresa, la cui adozione svolge sia una

In questo scenario si colloca anche la nuova previsione del co. 5-*bis*.

La disposizione inserisce nel sistema un'ipotesi speciale di condotta riparatoria, consistente in una collaborazione processuale dai contenuti assimilabili a quella dell'art. 323-*bis*, co. 2 c. p., dove tali condotte costituiscono presupposto per l'applicazione della relativa circostanza attenuante speciale alla persona fisica; data la similarità, è possibile stabilire che, anche per l'ente, il contributo offerto debba essere concreto, utile all'efficace svolgimento delle indagini³⁴⁹.

Tuttavia, con la sua introduzione si pone la questione del rapporto con l'art. 17, dove si prevede un'analogia ipotesi premiale, in cui però, pur rimanendo ferma l'applicazione della sanzione pecuniaria, seppur diminuita, si esclude del tutto l'applicazione delle sanzioni interdittive, se le condizioni richieste dalla norma vengono congiuntamente soddisfatte prima dell'apertura del dibattimento di primo grado; la sussistenza di una simile previsione fa sì che l'ente, ogni qualvolta intenda collaborare, lo farà nei termini e con le modalità di cui all'art. 17, in quanto comporta delle conseguenze notevolmente più favorevoli rispetto a quelli della nuova misura, anche perché non fa alcun riferimento al presupposto dell'individuazione dei responsabili, fatto che potrebbe non essere agevole per l'impresa che voglia porre in essere la condotta riparatoria; questo porta a ritenere che il nuovo co. 5-*bis* sia destinato ad un'applicazione abbastanza residuale, in quanto soppiantato dall'ipotesi più favorevole all'ente, di cui all'art. 17³⁵⁰.

funzione scriminante, se adottato ed efficacemente attuato prima della commissione del fatto, ovvero una funzione riparativa trasversale, se adottato *post factum*.

³⁴⁹ Tuttavia, il legislatore non ha specificato quale sia la sorte dell'ente che abbia deciso di collaborare nel termine previsto dalla disposizione, nel caso in cui il contributo prestato non si sia rivelato necessario ovvero nel caso in cui le informazioni fornite in sede di collaborazione siano già state precedentemente acquisite dalla polizia; tali lacune, a cui solo l'esperienza potrà dare risposta, vengono formulati da A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme*, cit., § 10, p. 530.

³⁵⁰ Le condizioni previste in questa norma devono essere soddisfatte anche per garantire la conversione delle sanzioni interdittive applicate in sanzioni pecuniarie, di cui potrà beneficiare anche l'ente a cui sia stata applicata la previsione del co. 5-*bis* dell'art. 25; in questa ipotesi, la conversione deve operare sulla sanzione attenuata applicata, purché l'ente abbia posto in essere le condotte riparatorie stabilite dalla legge, anche quelle previste nell'art. 17 e non richiamate nell'co. 5-*bis*.

Sono proprio questi elencati i motivi principali che fanno dubitare di una effettiva applicazione, in futuro, del nuovo co. 5-*bis*, almeno dal punto di vista della sua applicazione concreta, ma, anche in questo caso, così come si prospetta per la nuova causa di non punibilità riconosciuta alla persona fisica, sarà la pratica a dover dare una risposta sulla sua reale efficacia a contrastare la corruzione, anche nel settore imprenditoriale.

CAPITOLO IV

ALTRE FORME DI ROTTURA DEL PATTO DI SOLIDARIETA': INCENTIVI ALLA DENUNCIA DEI FATTI DI CORRUZIONE E *WHISTLEBLOWING*

Più volte, nel corso dell'elaborato, è stata sottolineata la complessità del fenomeno corruttivo, incardinato tra due o più soggetti, che scambiano prestazioni dietro la promessa o dazione di denaro od altra utilità, in danno della corretta amministrazione pubblica, che, per tali reati, viene a configurarsi come una “vittima muta”³⁵¹. Il fatto che manchi una persona fisica offesa dal reato e la scarsa propensione alla denuncia, determinata dalla natura della corruzione, che ormai ha assunto dimensioni sistemiche, fa sì che sia concretamente difficile portarla all'emersione e procedere ad un suo accertamento; ciò, infatti, potrebbe avvenire solo attraverso dei mezzi, anche extra penali, che siano in grado di rompere il sodalizio che si instaura in quegli ambienti.

Per tale ragione, valutata anche l'inefficienza del sistema repressivo, a cui si è fatto ricorso come arma principe nella lotta a questa tipologia di reati, soprattutto a partire dalla stagione di Mani Pulite, si è deciso di ricorrere ad un altro *modus operandi*, che vede come principali attori nel contrasto alla corruzione gli stessi cittadini³⁵².

Questa nuova strategia di lotta è stata introdotta con la l. n. 190 del 2012 che, tra le varie modifiche ed innovazioni, ha introdotto, con l'art. 1 co. 51 della legge, l'art. 54-*bis* al d. lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, rubricato “tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti”, più comunemente conosciuto, a livello internazionale, con il termine *whistleblower*.

³⁵¹ Così F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 4, 2018, p. 475 ss.

³⁵² A tal proposito, F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 475 ss., parla di una “chiamata alle armi del dipendente pubblico”.

Il fenomeno del *whistleblowing*, letteralmente traducibile come “soffiata”, sta ad indicare la denuncia o segnalazione che un lavoratore, il c. d. *whistleblower* (letteralmente “soffiatore di fischiotto”), effettua ad un’autorità o ad un proprio superiore, riguardante atti o comportamenti illegali o illegittimi posti in essere da altri, di cui sia venuto a conoscenza durante l’esercizio della propria attività³⁵³. Secondo la dottrina³⁵⁴, è possibile individuare diverse tipologie di tale fenomeno, nonché varie modalità di segnalazione; per quanto riguarda le tipologie, si distingue il *whistleblowing* “interno” all’organizzazione, in cui la segnalazione viene effettuata al diretto superiore o ad organismi interni all’azienda, specificatamente incaricati di questo compito, e il *whistleblowing* “esterno”, dove la segnalazione viene trasmessa all’ente regolatore esterno dello specifico settore dell’organizzazione in cui si sarebbe verificato l’illecito, alla polizia o all’Autorità giudiziaria, oppure agli organi di diffusione di massa; dal punto di vista delle modalità della segnalazione, si distingue la modalità “aperta”, quella che avviene attraverso degli appositi canali di trasmissione, in cui l’identità del segnalante è conosciuta solo da chi riceve la segnalazione, e la forma anonima³⁵⁵.

4.1. Il whistleblowing nel quadro giuridico internazionale.

Il *whistleblowing* ha origine nei Paesi di *common law*³⁵⁶, in particolare negli Stati Uniti, dove la denuncia dei c. d. “*wrongdoing*”³⁵⁷ di cui un soggetto sia venuto

³⁵³ Secondo la definizione data dal Parlamento europeo, il *whistleblowing* individua “*the insider disclosure of what is perceived to be evidence of illegal conduct or other serious risks, out of or in relation to an organisation’s activities including the work related activities of its staff*”.

³⁵⁴ V. P. GHINI, *L’utilizzo di un sistema di whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati*, in Resp. Amm. Soc. Enti, fascicolo 4, 2010, p. 203 ss.

³⁵⁵ Ed è proprio su questa modalità che si sono previste le maggiori questioni nel nostro ordinamento; nella determinazione della disciplina, alla fine, il legislatore ha optato per una tutela della riservatezza dell’identità del *whistleblower* in ogni momento, salvo determinate situazioni, espressamente indicate dalla legge.

³⁵⁶ Cfr. R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l’art. 54-bis del d. lgs. n. 165/2001 (art.1, comma 51)*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, op. cit., p. 245.

³⁵⁷ Questo viene individuato in qualsiasi pratica illegale, illegittima o immorale, realizzata in forma attiva ovvero omissiva, di cui si sia reso responsabile un soggetto di un’organizzazione (cfr. G.

a conoscenza è stata incentivata già tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, soprattutto in materia giuslavoristica³⁵⁸. È quindi stato disciplinato come strumento per prevenire la commissione di illeciti all'interno di un'organizzazione, occupandosi però, contemporaneamente, anche della protezione del “soffiatore di fischi” da possibili ritorsioni³⁵⁹ che potrebbero derivargli, da riconnettere, direttamente o indirettamente, alla segnalazione effettuata³⁶⁰, e cercando di diffondere una cultura della legalità attraverso degli incentivi all'utilizzo di questo strumento, quali, ad esempio, la corresponsione di un beneficio economico.

Analogamente si è mosso anche il Regno Unito, che nel 1998, con il *Public interest disclosure act*, ha individuato le condizioni di legittimità delle segnalazioni effettuate dai dipendenti pubblici e privati e le informazioni che ne possono costituire l'oggetto, riguardanti illeciti penali, civili ma anche violazioni contrattuali, oppure pratiche che possano comportare un pericolo per la sicurezza o la salute dei cittadini.

Tuttavia, se in un primo momento la disciplina della tutela del *whistleblower* era circoscritta a tali Paesi, ben presto ha trovato terreno fertile per la sua diffusione

AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., fascicolo 3/4, 2014, § 1.2, p. 553 ss.)

³⁵⁸ È del 1912 l'introduzione della legge che tutelava il dipendente federale dal licenziamento, nel caso in cui avesse segnalato un fatto di corruzione di un proprio superiore al Congresso (cfr. M. FREDIANI, *Delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, fascicolo 3, 2018, p. 221 ss.).

³⁵⁹ Queste vengono definite nel *Sarbanes Oxely Act* (2002) come quelle pratiche che comportano il demansionamento, la sospensione dallo svolgimento dell'attività lavorativa, il licenziamento, ma anche minacce o molestie e qualsiasi altra forma di discriminazione che riguardino i termini e le condizioni lavorative del denunciante. La legge ha inoltre stabilito l'obbligo, per le società con azionariato diffuso, per le loro controllate che abbiano sede in uno Stato dell'UE ovvero per le quotate in uno dei mercati finanziari degli Stati Uniti, di adottare “*procedure per la ricezione, l'archiviazione e il trattamento di denunce ricevute dalla società e riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni e la revisione contabile, nonché per la presentazione in via confidenziale o anche anonima di lamentele da parte di dipendenti in merito a pratiche contabili o di revisione censurabili*”.

³⁶⁰ La protezione del *whistleblower* è garantita dall'applicazione di sanzioni, di gravità crescente, nei confronti di chi ponga in essere le condotte ritorsive.

anche in altre Nazioni, soprattutto grazie all'importanza attribuita a questo strumento dalle convenzioni internazionali, in particolare quelle riguardanti il contrasto alla corruzione³⁶¹.

Una delle prime che si è occupata del tema è la Convenzione di Strasburgo del 1999, che, all'art. 9, rubricato "tutela dei dipendenti", in cui si stabilisce che "*ciascuna parte deve prevedere³⁶² nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti dei dipendenti³⁶³ i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denuncino fatti di corruzione alle persone o alle autorità responsabili*". Il modello di riferimento adottato per questa disposizione è quello dell'*unauthorized whistleblowing*, vale a dire quello riguardante il conflitto che nasce tra i due doveri che incombono sul dipendente, cioè quello di fedeltà nei confronti del datore di lavoro e quello di riferire i fatti illeciti di cui sia venuto a conoscenza, nella tutela dell'interesse superiore che fa capo alla comunità. Con questa norma, si è voluto bilanciare i due interessi, facendo prevalere il dovere di segnalazione (*report*) sul dovere di fedeltà, con la conseguenza che il suo comportamento non potrà essere oggetto di sanzione esclusivamente nel caso in cui abbia agito in buona fede, sospettando, ragionevolmente, la sussistenza di un fatto illecito di corruzione; in questi casi, infatti, si ritiene che il dipendente abbia agito senza violare il dovere di confidenzialità³⁶⁴.

³⁶¹ Cfr. R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit., § 3, p. 246 ss.; F. GANDINI, *La protezione dei whistleblowers*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, ASTRID, 2010; G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Stud. Iur.*, fascicolo 9, 2018, § 2, p. 982 ss.; F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 478.

³⁶² La disposizione impegna, quindi, tutti gli Stati aderenti a predisporre nel proprio ordinamento delle misure a protezione di questi soggetti, lasciando però un certo margine di apprezzamento per quanto riguarda il loro contenuto.

³⁶³ Come si può vedere dalla formulazione letterale della norma, non si effettua alcuna distinzione tra l'ambito pubblicistico e privatistico.

³⁶⁴ Così F. GANDINI, *La protezione del whistleblower*, cit.; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit., § 3, p. 248.

Stesso tema è affrontato, in maniera analoga, dalla Convenzione ONU contro la corruzione (Merida, 2003) all'art. 33, rubricato "protezione delle persone che comunicano informazioni", in cui si stabilisce che "*ciascuno Stato parte esamina la possibilità³⁶⁵ di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione*".

Ma l'importanza della protezione del *whistleblower* è stata sottolineata anche dagli organismi internazionali che monitorano l'adeguatezza delle politiche interne degli Stati a contrastare la corruzione, che sul tema hanno effettuato una serie di Raccomandazioni; si ricordano, in particolare, quelle del *Working Group on Bribery*, del GRECO (*Groups d'Etats contre la corruption*) e il G20 *Anticorruption Working Group*, che, a seguito dei *reports* effettuati, hanno messo più volte in luce la necessità che il nostro ordinamento procedesse all'introduzione di meccanismi di tutela del dipendente segnalante illeciti.

Tuttavia, il legislatore italiano, per molto tempo, si è completamente disinteressato al tema, fino al 2012, quando, riprendendo il contenuto delle disposizioni delle Convenzioni internazionali sottoscritte e uniformandosi alle raccomandazioni degli organismi internazionali, ha formulato il nuovo art. 54-*bis* del Testo Unico del Pubblico Impiego del 2001, andando, in parte, a adeguarsi alla normativa sovranazionale.

4.2. La tutela del segnalante nell'ordinamento italiano: l'art. 54-bis del d. lgs. n. 165 del 2001.

Il legislatore italiano ha espressamente disciplinato il *whistleblowing* solamente con la riforma del 2012³⁶⁶. Tuttavia, questo non significa che nel nostro

³⁶⁵ A differenza della Convenzione di Strasburgo, qui si prevede solamente la facoltà, per gli Stati aderenti, di prevedere nel loro ordinamento l'introduzione di fattispecie di tutela di tal fattura.

³⁶⁶ Questa riforma, insieme a quella successiva del 2017, riprende una "tendenza generale del diritto penale economico: quella di creare, all'interno delle organizzazioni complesse, "centri" privati di vigilanza e controllo, delegando loro funzioni di prevenzione, che spetterebbero invece all'apparato

ordinamento fossero assenti, fino ad allora, dei meccanismi volti ad agevolare l'emersione di informazioni riguardanti illeciti o violazioni³⁶⁷, che si possano configurare come una sorta di "antecedenti"³⁶⁸ dell'odierno art. 54-*bis*.

Prime disposizioni da richiamare sono quelle contenute negli artt. 361 e 362 c. p. e nell'art. 331 c. p. p., dal cui combinato disposto discende l'obbligo, per il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, di denunciare tempestivamente il reato, procedibile d'ufficio, di cui abbiano avuto conoscenza nell'esercizio o a causa delle funzioni ricoperte³⁶⁹; tale dovere di denuncia è presidiato dall'applicazione della sanzione penale, di cui agli artt. 361 e 362 c. p., nel caso di omissione o ritardo.

A queste si aggiunge la disposizione contenuta nell'art. 2408 c. c., in cui si disciplina la denuncia al collegio sindacale, stabilendo che "*Ogni socio può denunciare i fatti che ritiene censurabili al collegio sindacale, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione all'assemblea*".

Altre norme³⁷⁰ che, in parte, richiamano i meccanismi di tutela del *whistleblowing* sono quelle dettate, nell'ambito privatistico, dagli artt. 52-*bis* e

pubblico" (cfr. A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017, N. 179*, in *Legisl. Pen.*, 3 giugno 2018, § 4).

³⁶⁷ Su queste misure cfr. R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit., § 5, p. 250 ss.; A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing*, cit., § 1.2.; P. GHINI, *L'utilizzo di un sistema di whistleblowing*, cit.; M. BRAMIERI, M. GARLASCHELLI, P. SANTORO, *Prevenzione reati nelle società, enti e P.A.*, CEDAM, 2018, p.149ss;

³⁶⁸ Così A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing*, cit., § 1.2.

³⁶⁹ Secondo la dottrina, l'obbligo di denuncia sussiste anche in presenza del solo *fumus commissi delicti*; la giurisprudenza ha, invece, opinioni parzialmente diverse (v. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 12021 del 13 marzo 2014, dove si è affermato che "Non integra il reato di cui all'art. 361 cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale che, dinanzi alla segnalazione di un fatto avente connotazioni di possibile rilievo penale, disponga i necessari approfondimenti all'interno del proprio ufficio, al fine di verificare l'effettiva sussistenza di una "notitia criminis", e non di elementi di mero sospetto").

³⁷⁰ Anche se introdotte successivamente alla riforma del 2012, mostrano comunque la nuova attenzione del legislatore per la disciplina delle segnalazioni nelle organizzazioni e della tutela del segnalante, motivo per cui è importante un loro richiamo in questa sede.

*ter*³⁷¹ del Testo Unico Bancario (TUB) e dagli artt. 4-*undecies*³⁷², 8-*bis* e *ter*³⁷³ del Testo Unico della Finanza (TUF), che hanno previsto degli obblighi, in capo alle banche e agli intermediari finanziari, di predisposizione di modalità di segnalazione interna di violazione della relativa normativa settoriale, dove sia previsto anche un divieto, adeguatamente sanzionato, di atti ritorsivi e una tutela dell'identità del segnalante.

Di fondamentale importanza anche il co. 2, lett. d, dell'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, oggetto dell'importante modifica del 2017, che però, già nella sua formulazione originaria, stabiliva, come requisito necessario dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, la previsione di “*obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*”, ora più analiticamente disciplinati.

Si ricordano, inoltre, anche se dettate per un settore diverso, le disposizioni di cui al d. l. n. 8 del 1991, convertito in l. n. 82 del 1991, riguardanti i particolari meccanismi di tutela dei collaboratori di giustizia, guardando, in particolare, all'art. 16-*bis*, introdotto dalla l. n. 45 del 2001, con cui si garantiscono al collaboratore delle misure di protezione, determinate, però, in base al pericolo per la sua incolumità e quella dei familiari. Ovviamente, rispetto alla normativa sul

³⁷¹ Introdotti con il d. lgs. n. 72 del 2015, le due norme disciplinano, rispettivamente, i “sistemi interni di segnalazione delle violazioni”, per cui “*Le banche e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria*” (art. 52-*bis*, co. 1, TUB), e le “segnalazioni alla Banca d'Italia”, secondo cui “*La Banca d'Italia riceve, da parte del personale delle banche e delle relative capogruppo, segnalazioni che si riferiscono a violazioni riguardanti norme del titolo II e III, nonché atti dell'Unione europea direttamente applicabili nelle stesse materie. 2. La Banca d'Italia tiene conto dei criteri di cui all'articolo 52-*bis*, comma 2, lettere a) e b), e può stabilire condizioni, limiti e procedure per la ricezione delle segnalazioni*”.

³⁷² Questo articolo, introdotto con il d. lgs. n. 129 del 2017, rubricato “sistemi interni di segnalazione delle violazioni”, prevede che “*I soggetti di cui alle parti II e III adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno, da parte del personale, di atti o fatti che possano costituire violazioni delle norme disciplinanti l'attività svolta, nonché del regolamento (UE) n. 596/2014*”.

³⁷³ Questi ultimi due articoli sono stati inseriti dal d. lgs. n. 72 del 2015, per essere poi abrogati dal d. lgs. n. 129 del 2017; disciplinavano, rispettivamente “i sistemi interni di segnalazione delle violazioni” e la “segnalazione di violazioni alla Banca d'Italia e alla Consob”.

whistleblower, qui la differenza sta nella finalità perseguita, che non è quella di proteggere il suo *status* lavorativo da ritorsioni, quanto quella di proteggere l'incolumità fisica del soggetto, anche al fine di preservare la fonte della prova dichiarativa, utile al dibattito³⁷⁴.

Inoltre, prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012, con la relativa introduzione del nuovo art. 54-*bis*, sull'opportunità di prevedere una disciplina espressa sulla tutela dei dipendenti di organizzazioni aziendali che segnalassero illeciti si era espresso anche il Garante della privacy³⁷⁵, che aveva addirittura sollecitato il Parlamento ad intervenire.

Sulla tutela del segnalatore era anche intervenuta la giurisprudenza giuslavoristica, che, tradizionalmente, ha trattato la questione in termini di bilanciamento tra gli obblighi di fedeltà³⁷⁶, di cui è titolare il lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro, e il diritto di critica riconosciuto dall'art. 21 della Costituzione, a cui veniva ricollegata l'eventuale denuncia presentata. In un primo momento, si era ritenuto che la tutela contro le ritorsioni del datore di lavoro, sotto forma di licenziamenti o demansionamenti, potesse essere riconosciuta solamente nel caso in cui il lavoratore, responsabile della denuncia, fosse riuscito a provare la fondatezza di quanto affermato³⁷⁷. Tuttavia, successivamente, la Corte di Cassazione ha stabilito la necessità di tenere ben distinte la denuncia dal diritto di critica, che fino a quel momento era stato oggetto di un'interpretazione estensiva³⁷⁸;

³⁷⁴ In questi termini A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing*, cit., § 1.2.

³⁷⁵ Lo stesso codice della privacy prevede una forma di tutela delle segnalazioni; stabilisce, infatti, la possibilità, per il soggetto interessato, di rivolgersi al Garante, con una segnalazione o un richiamo circostanziato, per sollecitare un suo controllo sulla relativa disciplina.

³⁷⁶ Si veda, in particolare, art. 2105 c. c., per cui *“il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter arrecare ad essa pregiudizio”*.

³⁷⁷ Cfr. M. FREDIANI, *La delazione protetta*, cit., p. 225.

³⁷⁸ V. F. MARTINELLI, *Il fenomeno del whistleblowing*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017, § 2.3, in cui si riportano anche due casi: il primo, oggetto della sentenza n. 16203/ 2009 del Tribunale di Roma, riguardava il licenziamento di un dipendente di Trenitalia, ritenuto ingiusto, determinato dal fatto che il lavoratore, a seguito di un importante incidente ferroviario, aveva rilasciato un'intervista

la Corte ha, infatti, rilevato come l'effettuazione della denuncia non comporta l'esposizione di un'opinione, come accade per il diritto di critica, che è il solo a cui possano essere applicati i limiti di continenza; in particolare, ha affermato come gli obblighi di fedeltà, che caratterizzano i rapporti di lavoro, non possano spingersi fino al punto di imporre il divieto di denuncia di fatti illeciti di cui il lavoratore sia venuto a conoscenza; su questa base, il potere di denuncia, ai sensi dell'art. 333 c. p. p., non può essere fonte di responsabilità, a meno che non si dimostri che il lavoratore abbia agito con il solo fine di mettere in cattiva luce l'impresa³⁷⁹.

In questo ambito, è intervenuto il legislatore del 2012, con l'introduzione dell'art. 54-*bis* al d. lgs. n. 165 del 2001, prima norma che ha previsto, espressamente, la tutela del dipendente pubblico che segnali illeciti.

La norma, nella sua formulazione originaria³⁸⁰, si componeva di tre commi, in cui si stabiliva che *“fuori dai casi di responsabilità a titolo di calunnia e*

in cui qualificava il fatto avvenuto come un “campanello d'allarme” e che quindi, per evitare il ripetersi di episodi simili, sarebbe stato necessario effettuare maggiori controlli nella fase di progettazione e manutenzione dei treni; in tale ipotesi, il Tribunale ha dichiarato illegittimo il licenziamento, ritenendo che la dichiarazione rilasciata dal dipendente non avesse leso l'obbligo di fedeltà, di cui al codice civile, e fosse perfettamente lecita, in quanto riguardava un rilevante interesse pubblico, quale la sicurezza ferroviaria; ha riconosciuto, inoltre, che l'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro non possa comportare, a prescindere, il diritto di criticare l'organizzazione di appartenenza, anche a livello pubblico. Nel secondo caso riportato, oggetto della sentenza n. 6501/2013 della Corte di Cassazione, la questione posta riguardava l'accusa di diffamazione di un lavoratore, che sarebbe avvenuta attraverso un esposto alla Procura della Repubblica del luogo, riguardante delle irregolarità sulla gestione di un appalto da parte della società di appartenenza; a tal riguardo, la Corte ha rilevato come spetta all'impresa dimostrare l'intento diffamatorio della dichiarazione effettuata, astenendosi dal procedere al licenziamento ogni volta che non rinvenga elementi in grado di smentire quanto è stato oggetto di denuncia, perché, altrimenti, si configurerebbe una sorta di “dovere di omertà” in capo al lavoratore, impossibilitato a riportare fatti illeciti, commessi all'interno dell'organizzazione, di cui sia venuto a conoscenza.

³⁷⁹ Per configurare l'ingiustizia del licenziamento è, quindi, necessario verificare la veridicità dei fatti riportati all'Autorità Giudiziaria e la buona fede del denunciante, perché e da questo che discende il riconoscimento dell'esercizio legittimo dei propri diritti o della legittimità del licenziamento.

³⁸⁰ È stata, infatti, oggetto di interventi correttivi, anche dovuti al contributo dell'ANAC, fino ad arrivare ad una sua completa riformulazione nel 2017, con la l. n. 179.

diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che segnala 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, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulla condizione di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla segnalazione.

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.

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”.

La norma, introdotta con la finalità di garantire effettivamente il buon andamento della Pubblica Amministrazione, prevenendo la verifica di fatti di corruzione, ha visto nelle segnalazioni dei dipendenti un meccanismo fondamentale per far emergere situazioni che, altrimenti, sarebbero rimaste occulte; ha quindi previsto la tutela di tali soggetti da possibili atti ritorsivi, attraverso una norma generale ed astratta, che, necessariamente, deve essere calata nella singola amministrazione considerata, in cui deve essere attuata attraverso strumenti *ad hoc*³⁸¹.

La norma si compone di tre commi, in cui disciplina le modalità di segnalazione, la tutela prestata al dipendente pubblico e le eccezioni.

³⁸¹ Si tratta, nella maggior parte delle ipotesi, di sistemi informatici di raccolta delle segnalazioni.

Il co. 1 individua, innanzitutto, l'ambito applicativo; stabilisce che la segnalazione debba avere ad oggetto le condotte illecite³⁸², di cui il dipendente sia venuto a conoscenza nel luogo di lavoro a causa della sua occupazione; tale segnalazione ha come destinatari l'Autorità Giudiziaria, la Corte dei conti o il superiore gerarchico, tuttavia non si è stabilito il criterio in base al quale scegliere il destinatario³⁸³; individua poi le eccezioni alla regola della tutela contro le ritorsioni³⁸⁴ legate, direttamente o indirettamente, alla segnalazione effettuata, affermando che la disposizione non opera nel caso in cui la segnalazione abbia riguardato notizie false, diffamatorie o, comunque, lesive di un interesse giuridicamente rilevante, determinante responsabilità *ex art. 2043 c. c.*

Il co. 2 stabilisce, invece, la protezione dell'identità del segnalante nei procedimenti a carico del soggetto segnalato, a meno che lo stesso non abbia prestato il consenso alla rivelazione della stessa e salvo il caso in cui la conoscenza dell'identità sia necessaria per motivi legati alla difesa personale; si tratta di una disposizione di rilevante importanza, in quanto riconosce la garanzia della riservatezza del segnalante, che può venir meno solo nei casi espressamente determinati.

Il co. 3, infine prevede che ogni misura discriminatoria eventualmente verificatasi, legata, in maniera diretta o indiretta, con la segnalazione, debba essere comunicata al Dipartimento della funzione pubblica dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali, in modo tale che si possano prendere i provvedimenti adeguati; viene a stabilire poi un'ulteriore forma di tutela nell'ultimo comma, in cui prevede che la segnalazione non possa essere oggetto di accesso di cui agli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 1990.

³⁸² Le condotte illecite richiamate non sono solo quelle di corruzione in senso stretto, ma qualsiasi condotta *contra ius*, integrante un fenomeno di *maladministration*.

³⁸³ Con delle conseguenze problematiche nel caso in cui, ad esempio, ci si rivolga al superiore gerarchico, che però è il soggetto che ha commesso la violazione.

³⁸⁴ Stabilisce, infatti, che il dipendente non può essere licenziato, sanzionato o sottoposto a qualsiasi misura discriminatoria, diretta o indiretta.

Nonostante l'importanza della norma sia evidente, molte sono state le critiche avanzate dalla dottrina, che ne ha evidenziato soprattutto le lacune³⁸⁵.

La prima importante critica avanzata riguarda l'ambito soggettivo di applicazione; la norma, infatti, si rivolge esclusivamente al dipendente *pubblico*, escludendo, così, sia quelli che operano nel settore privato³⁸⁶, ma anche tutti quei dipendenti di enti pubblici economici, o società in controllo pubblico o partecipate dallo Stato, a cui l'ANAC ha esteso la normativa anticorruzione.

Altra criticità emersa riguarda i soggetti destinatari della segnalazione; per evitare la situazione in cui l'interessato si rivolge al soggetto responsabile della violazione individuata, alcuni autori³⁸⁷ hanno sostenuto che sarebbe stato più opportuno prevedere sì, come destinatario, il superiore gerarchico, ma, allo stesso tempo, di affiancare a questa la segnalazione ad un'autorità esterna³⁸⁸, fermo

³⁸⁵ Le difficoltà applicative della norma sono state riconosciute anche dall'ANAC, che è intervenuta con una apposita determinazione (n. 6 del 28 aprile 2015), con cui ha individuato le linee guida in materia di tutela del dipendente che segnala illeciti, con l'obiettivo di "colmare le lacune della norma" che non potevano più essere altrimenti risolte.

³⁸⁶ Tanto più ingiustificata questa scelta, se si tiene conto che la Convenzione di Strasburgo, che aveva obbligato gli Stati a prevedere questi meccanismi di tutela nel proprio ordinamento, non aveva differenziato il settore pubblico e privato; analogamente, anche la Convenzione di Merida, dove, pur essendo semplicemente concessa la facoltà di prevedere tali disposizioni, comunque non si prevedeva una applicazione di tutela limitata al settore pubblico. In ogni caso, si ricorda come, nel settore pubblico, le società, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. d del d. lgs. n. 231 del 2001, sono tenute ad adottare nel proprio modello dei canali informativi all'Organismo di Vigilanza, utili per segnalare eventuali irregolarità o violazioni del modello stesso; attraverso questo meccanismo, è quindi possibile che le società in cui vi è una presenza delle Pubbliche Amministrazioni, perché da esse controllate o partecipate, possano venire anche a conoscenza di eventuali fenomeni illeciti, configuranti reato, che abbiano coinvolto la parte pubblica (cfr. G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., § 2.1, p. 563 ss.).

³⁸⁷ Cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 479.

³⁸⁸ Anche l'ANAC, nelle sue linee guida, ha precisato come la segnalazione debba essere, in ogni caso, inoltrata anche al Responsabile del Servizio di prevenzione della corruzione, e se possibile, di farlo direttamente, per evitare che venga meno la riservatezza del *whistleblower*; è, inoltre, ritenuto opportuno rivolgersi al Responsabile, in quanto questo, a seguito della segnalazione, adatterà il Piano anticorruzione con la modifica delle misure preventive.

restando l'obbligo di denuncia all'autorità, quando il fatto si configuri come reato procedibile d'ufficio, ai sensi degli artt. 361 e 362 c. p.

Ulteriore innovazione che ha destato particolari perplessità riguarda la forza prescrittiva della norma, in quanto il legislatore non ha fornito particolari indicazioni a riguardo; ci si è chiesti se la disposizione abbia posto un dovere oppure una mera facoltà di segnalazione; la prima soluzione sembrerebbe quella più adeguata alla formulazione letterale della legge, tuttavia in questo modo si finirebbe per far ricadere il "rischio penale" sul dipendente che, essendo venuto a conoscenza dell'illecito e non l'abbia denunciato, potrebbe essere ritenuto responsabile del fatto tanto quanto il suo autore³⁸⁹; ma anche qualificare la segnalazione come facoltativa genera qualche problema, poiché la locuzione "che denuncia" dovrebbe essere letta come "nel caso in cui abbia deciso di denunciare", il che comporterebbe che, nel caso in cui sia venuto a conoscenza di un reato, sarebbe obbligato alla denuncia per non incorrere nella sanzione penale, ai sensi degli artt. 361 e 362 c. p., se, invece, sia venuto a conoscenza di un semplice illecito, potrebbe valutare se effettuare o meno la segnalazione sulla base della gravità del fatto stesso, il che significherebbe attribuire al dipendente l'onere di catalogare correttamente l'episodio di cui è venuto a conoscenza³⁹⁰.

Le questioni interpretative si pongono anche in relazione al co. 2, in materia della riservatezza del *whistleblower*; questa, infatti, risulta protetta solo parzialmente; questa è garantita "*sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti ed ulteriori rispetto alla segnalazione*", richiedendo, così, che siano individuati degli elementi che

³⁸⁹ Riporta questa problematica F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 479 ss., dove mostra come la natura giuridica della fonte da cui discende il dovere di segnalazione fa sì che, ricorrendone tutti i presupposti, il supposto *whistleblower* possa incorrere nell'abuso d'ufficio, e questo, secondo l'autore, farebbe sì che il dipendente "colto in mora, rispetto all'obbligo di segnalazione, potrebbe essere maggiormente indotto a chiudere un occhio (forse anche due) per evitare le conseguenze della denuncia".

³⁹⁰ Questo comporterebbe la presentazione di una serie di denunce cautelative, come anche la possibilità che aumenti l'applicazione delle sanzioni, determinate però da un'erronea valutazione, che, per ovvie ragioni, non può quindi essere demandata al dipendente (cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 480.).

riscontrino quanto segnalato dal dipendente, assimilando questa situazione al regime probatorio utilizzato per le dichiarazioni dei coimputati; certamente una tale previsione si ricollega alla volontà di evitare la presentazione di segnalazioni infondate, tuttavia, così formulata, finisce per richiedere al *whistleblower* di ricercare degli elementi probatori a sostegno di quanto affermato³⁹¹, se non vuole rendere conoscibile la propria identità; inoltre, la segretezza dell'identità del segnalante non è garantita nel momento in cui la sua conoscenza risulti assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato³⁹², il che fa dipendere questo diritto dalla strategia difensiva del presunto responsabile.

Ovviamente, tutto ciò, unito anche a disincentivi ulteriori, quale, su tutti, il timore di ritorsioni più subdole, che non si spingono fino al punto da integrare le condotte vietate dalla disposizione, ha fatto sì che l'istituto abbia avuto una minima applicazione. Anche per questa ragione si è da più parti auspicato un intervento di modifica del meccanismo, ritenuto fondamentale per poter tutelare efficacemente la Pubblica Amministrazione da episodi di illeciti al suo interno ma che, per come è stato formulato inizialmente, ha stentato a decollare³⁹³.

³⁹¹ F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 480 ss. parla a riguardo del *whistleblower* come “poliziotto ausiliario”; anche F. MARTINELLI, *Il fenomeno del whistleblowing*, cit., § 2.1., mostra delle perplessità sulla disciplina in commento, soprattutto perché una simile formulazione porrebbe l'onere della prova della fondatezza della segnalazione, in assenza di indicazioni, in capo al dipendente, ai sensi della regola generale di cui all'art. 2697 c. c.

³⁹² Critica questa scelta anche G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana*, cit., p. 985, per cui ulteriore profilo problematico sulla riservatezza del segnalante è ricollegato al fatto che, nel caso si giunga al processo penale, sia possibile che la sua identità possa essere resa nota in diverse occasioni, quali il momento di comunicazione dell'iscrizione a carico nel registro delle notizie di reato, ovvero nel momento in cui venga comunicato l'avviso di conclusione delle indagini.

³⁹³ Questa prima difficile applicazione è stata confermata anche dall'ANAC nel suo primo rapporto su scala nazionale, per questo motivo ha emanato delle linee guida per cercare di indirizzare al meglio l'applicazione dell'istituto, almeno per quei fattori che non necessitavano di uno specifico intervento di modifica, ma di semplici specificazioni applicative.

4.3. Segue: le innovazioni apportate dalla l. 30 novembre 2017, n. 179.

È proprio per garantire una maggiore effettività dell'istituto del *whistleblowing* che il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia, con un'importante modifica, che ha portato alla riscrittura del testo dell'art. 54-*bis* (art. 1), ad un'estensione dell'ambito applicativo di tutela del *whistleblower* anche agli enti privati (art. 2) e l'integrazione della disciplina dell'obbligo di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale (art. 3).

Per quanto riguarda l'art. 1, questo dispone la sostituzione del testo dell'art. 54-*bis* del Testo Unico del Pubblico Impiego con una nuova disposizione, formata da nove commi, in cui, tenendo conto anche delle indicazioni fornite dall'ANAC, ha, innanzitutto, definito in maniera più puntuale i confini di operatività della tutela, affermando che il *whistleblower* è tutelato dagli atti ritorsivi nei suoi confronti quando la segnalazione sia stata effettuata “*nell'interesse dell'integrità della Pubblica Amministrazione*”³⁹⁴; ha esteso la tutela anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi che realizzino opere in favore dell'amministrazione pubblica³⁹⁵; ha poi cercato di definire meglio i confini della riservatezza del *whistleblower*³⁹⁶, stabilendo che “*l'identità del segnalante non può essere rivelata. Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale*”³⁹⁷. *Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti,*

³⁹⁴ In questo modo si vuole evitare che la tutela si estenda anche ai c. d. *egoistic-blowers*, vale a dire a coloro che effettuano una segnalazione esclusivamente a fini personali.

³⁹⁵ Questi soggetti sono, infatti, in grado di offrire un contributo conoscitivo rilevante tanto quanto quello offerto dai dipendenti, che può più facilmente portare a delle segnalazioni, stante la minore preoccupazione di condotte ritorsive nei loro confronti.

³⁹⁶ Per una maggiore tutela, ha anche attribuito all'ANAC il compito di redigere, a seguito dell'audizione del Garante della protezione dei dati personali, delle linee guida riguardanti le procedure da adottare per la presentazione e la gestione delle segnalazioni, che stabiliscano “*l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovano strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione*” (co. 5).

³⁹⁷ A tal riguardo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 9047 del 27 febbraio 2018, che il dipendente che abbia effettuato la segnalazione, nel procedimento penale, non può rimanere

l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità"; in questo modo ha precisato i limiti alla riservatezza non solo nel procedimento disciplinare, come originariamente disposto, ma anche nel procedimento penale e contabile. La nuova disciplina ha anche determinato una modifica in tema di onore della prova, in quanto ha previsto che sia l'amministrazione cui appartenente il *whistleblower* a dover dimostrare che eventuali misure disposte nei suoi confronti siano state determinate da "ragioni estranee alla segnalazione stessa"³⁹⁸. In ogni caso, la tutela non viene riconosciuta quando "sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave"³⁹⁹.

Sicuramente, però, la novità più importante della legge riguarda l'estensione della disciplina del *whistleblowing* agli enti privati⁴⁰⁰; l'art. 2, infatti, introduce

anonimo, potendo l'anonimato operare esclusivamente del procedimento disciplinare (in *lavorosi.it*).

³⁹⁸ A tal proposito, la norma prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell'ANAC, nel caso in cui l'amministrazione non sia stata in grado di dimostrare la mancata connessione tra i provvedimenti applicati al dipendente e la sua segnalazione.

³⁹⁹ Ha eliminato, così, il richiamo all'art. 2043 c. c., che aveva destato molti sospetti nella dottrina (cfr. G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana*, cit., p. 985, dove rivela come il richiamo all'art. 2043 avrebbe fatto sì che il dipendente che avesse segnalato un fatto che poi si fosse rivelato infondato, sarebbe stato costretto al risarcimento del danno nei confronti del segnalato, anche nel caso in cui avesse agito per mera colpa).

⁴⁰⁰ A tal proposito, bisogna ricordare che già prima della modifica del 2017, il sistema 231 stabiliva che il modello organizzativo, per essere considerato idoneo, prevedesse degli obblighi di

delle modifiche al d. lgs. 231 del 2001, art. 6, a cui è stato introdotto il co. 2-*bis*, secondo cui i modelli devono prevedere anche: a) uno o più canali attraverso cui si possano presentare, per garantire l'integrità dell'ente, delle segnalazioni circostanziate di condotte illecite, che siano rilevanti ai sensi del sistema 231 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, ovvero segnalazioni riguardanti violazioni del modello organizzativo⁴⁰¹, di cui apicali o sottoposti siano venuti a conoscenza in ragione delle loro funzioni; in ogni caso, i canali utilizzati devono

informazione all'Organismo di Vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, soprattutto perché, in questa maniera, si agevolava l'attività di vigilanza dell'OdV; inoltre, le linee guida delle associazioni di categoria avevano cercato di precisare il contenuto di questa disposizione, stabilendone, oltre a modalità e oggetto, anche i soggetti destinatari, facendo rientrare tra questi anche i dipendenti; questi ultimi sarebbero infatti tenuti ad adempiere all'obbligo di informazione, ogni volta che siano venuti a conoscenza della commissione di uno dei reati presupposto della responsabilità dell'ente ovvero di pratiche contrastanti con le regole di comportamento contenute nel codice etico, stabilendo anche come tale obbligo per i dipendenti possa essere desunto dagli artt. 2104 e 2105 c. c., che sanciscono i doveri di diligenza e di fedeltà del prestatore di lavoro (cfr. P. GHINI, *L'utilizzo di un sistema di whistleblowing*, cit.). Bisogna, però, richiamare la differenza tra i due diversi tipi di flussi informativi esistenti a seguito dell'integrazione del 2017; prima differenza sta nella vincolatività delle due disposizioni; quella immutata di cui alla lett. d dell'art. 6, co. 2, dispone un vero e proprio obbligo di comunicazione che, se non ottemperato, determina l'applicazione di una sanzione disciplinare, mentre la nuova previsione richiede solo all'ente di predisporre dei canali informativi per facilitare le segnalazioni e garantire la riservatezza, lasciando però al singolo *whistleblower* la facoltà di scelta sull'*an* della segnalazione; diverso è anche l'oggetto della segnalazione, ritenuto più ristretto nel caso dell'obbligo di informazione, dove si crede che questo possa interessare solo situazioni su cui l'OdV è chiamato ad operare, anche considerando che l'obbligo si ricollega al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza (cfr. A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing*, cit., § 3).

⁴⁰¹ Dubbia è l'interpretazione della locuzione; se infatti si identificasse la violazione del modello in qualsiasi operazione irregolare, contraria alle procedure di *compliance* e non necessariamente integrante reato-presupposto della responsabilità dell'ente, in quanto questi possono essere ricondotti alle "condotte illecite" richiamate nella disposizione, si affiderebbe al soggetto deputato a ricevere le segnalazioni, presumibilmente l'OdV, di un compito che esula dal controllo generale sul rispetto del modello, andando ad investire anche l'accertamento di un qualsiasi illecito, quindi anche di un reato esterno al catalogo 231, il che farebbe sì che gli si riconosca un potere assimilabile a quello attribuito all'Autorità Giudiziaria.

garantire la riservatezza dell'identità del segnalante⁴⁰²; b) bisogna prevedere almeno un canale alternativo di segnalazione⁴⁰³, che utilizzi modalità informatiche, attraverso cui segnalare, sempre vedendo tutelata la propria riservatezza, condotte illecite o violazioni del modello; c) si stabilisce il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante, per motivi collegati alla segnalazione; d) è fatto obbligo di prevedere, all'interno del sistema disciplinare, delle apposite sanzioni per chi violi le misure a tutela del *whistleblower* e di chi abbia effettuato una segnalazione, poi rivelatesi infondata, con dolo o colpa grave.

Attraverso questa modifica, è stato quindi prevista la necessità che il modello organizzativo venga predisposto in maniera tale da garantire anche un sistema interno di segnalazione delle violazioni, con corrispondente tutela del segnalante, individuando poi, a seconda della propria realtà organizzativa⁴⁰⁴, le procedure adeguate a una corretta gestione del nuovo sistema, in quanto il legislatore, sul punto, è rimasto silente⁴⁰⁵.

⁴⁰² La segnalazione, quindi, non può essere anonima, in quanto deve essere concesso alla società di risalire all'identità del segnalante, anche per effettuare le opportune verifiche su quanto riportato (cfr. M. BRAMIERI, M. GARLASCHELLI, P. SANTORO, *Prevenzione reati nelle società, enti e P.A.*, op. cit., p. 150 ss).

⁴⁰³ Cfr. M. BRAMIERI, M. GARLASCHELLI, P. SANTORO, *Prevenzione reati nelle società, enti e P.A.*, op. cit., p. 151, in cui si propone di creare una piattaforma online, dove i dipendenti possano riferire gli illeciti e le violazioni di cui siano venuti a conoscenza; nelle piccole e medie imprese, tale canale informativo alternativo può essere individuato in una casella di posta elettronica.

⁴⁰⁴ Le modifiche apportate dalla legge al sistema 231 sono notevoli, in quanto, non senza difficoltà, si è richiesto agli enti di progettare dei meccanismi di segnalazione delle violazioni del modello, la cui applicazione incide anche sul giudizio di idoneità del MOG, dovendo poi procedere, a seconda della propria realtà organizzativa, alla predisposizione di misure sulla gestione della segnalazione e sulla tutela dell'identità del segnalante (sulle difficoltà emerse a tal proposito, v. C. SANTORIELLO, *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2019, p. 49 ss.).

⁴⁰⁵ Ad esempio, contrariamente a quanto stabilito per il settore pubblico, qui il legislatore non ha indicato i soggetti esterni a cui indirizzare la segnalazione, mentre, per quanto riguarda l'organo interno, pur in assenza di un'espressa indicazione, si può richiamare la regola generale del dovere

Fondamentale è anche l'art. 3 della legge 179, che stabilisce la linea di confine tra il *whistleblowing*, volto alla tutela dell'integrità della Pubblica Amministrazione, e l'interesse al segreto, in tutte le sue applicazioni. La norma prevede, infatti, che, nel caso in cui la segnalazione sia stata effettuata con le modalità e nel rispetto del nuovo art. 54-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 6 co. 2-*bis*, *ter* e *quater* del d. lgs. n. 231 del 2001, “*il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del codice penale e all'articolo 2105 del codice civile*”; il *whistleblowing*, quindi, scrimina la rivelazione del segreto, in quanto, sull'interesse alla sua protezione, prevale sempre quello all'integrità della Pubblica Amministrazione, a meno che “*l'obbligo di 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*”. In questa maniera si è posto il discrimine tra l'attività di *whistleblowing* e quella che, comunemente, viene definita di *leaking*, vale a dire di rivelazione indebita del segreto, costituente condotta illecita, che nel nostro ordinamento si verifica ogni volta che il segnalatore, che abbia le caratteristiche soggettive richiamate al co. 2 dell'art. 3, abbia effettuato la denuncia con modalità difformi da quelle richieste dalla legge o l'abbia rivolta a dei soggetti diversi da quelli espressamente indicati⁴⁰⁶.

Nonostante siano in molti ad aver salutato con favore questa nuova disciplina del *whistleblowing*, non sono certo mancate le critiche. La norma è stata da molti ritenuta un grande passo in avanti nella disciplina della tutela delle segnalazioni di illeciti, da alcuni addirittura qualificata come la prima vera legge generale sul tema⁴⁰⁷, ma da più parti si è lamentata la mancata introduzione di incentivi al *whistleblower*. Bisogna infatti considerare che, nella tradizione culturale italiana, non è mai stato visto di buon occhio colui che denunci

di informazione all'Organismo di Vigilanza (cfr. A. FRIGNANI, *Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci ed ombre*, in *Dir. Industr.*, fascicolo 1, 2018, p. 55 ss.).

⁴⁰⁶ Cfr. G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana*, cit., § 4.4, p. 991.

⁴⁰⁷ V. A. FRIGNANI, *Finalmente una legge generale sul whistleblowing*, cit., p. 51 ss.

comportamenti altrui⁴⁰⁸, etichettato spesso come uno “spione”, in accezione ovviamente negativa, diversamente da quanto accade in altre Nazioni, dove, invece, vengono lodati coloro che si rendono responsabili di certi comportamenti di servizio alla comunità.

Questo sostrato culturale ostile agli “spioni”, unito ai vari rischi a cui potrebbe andare incontro il *whistleblower* dopo aver effettuato la segnalazione/denuncia⁴⁰⁹, hanno, di fatto, disincentivato l’applicazione di questo istituto, che ha cominciato ad ingranare solo negli ultimi anni, a partire dall’ultima modifica.

Per tale ragione, in molti avevano criticato la normativa dal punto di vista della mancata applicazione di forme di incentivo, la cui mancanza sarebbe stata causa di una sua parziale ineffettività, tenendo conto dell’importanza di un suo intervento per scoprire i fenomeni illeciti all’interno, soprattutto, delle amministrazioni pubbliche⁴¹⁰. Sotto questo punto di vista, il legislatore italiano è rimasto lontano dalla logica del *whistleblowing* adottata in altri Paesi, come gli Stati Uniti, in cui vengono previsti degli incentivi, in termini di denaro o di carriera; solo in questo modo, infatti, sarebbe possibile garantire un’effettività alla disciplina, in quanto si garantisce un bilanciamento tra costi e benefici per il delatore⁴¹¹. Tuttavia,

⁴⁰⁸ Non è, però, una questione nata in anni recenti, ma anzi, un retaggio culturale risalente addirittura all’Atene della prima età classica, quando vennero istituzionalizzati i sicofanti, cioè coloro a cui ci si rivolgeva perché assumessero il ruolo di accusatore in un processo, dal momento che non si poteva procedere contro qualcuno senza che vi fosse un suo accusatore; da qui, l’accezione negativa del termine, molto spesso utilizzato nel significato di “calunniatore”.

⁴⁰⁹ Basti pensare al fenomeno del *mobbing* subito dal denunciante, non menzionato espressamente in nessuna delle due leggi che disciplinano il *whistleblowing*, ma che si pone come conseguenza maggiore, subita a seguito del proprio comportamento (cfr. F. MARTINELLI, *Il fenomeno del whistleblowing*, cit.).

⁴¹⁰ Cfr. G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., § 5, p. 596 ss., che pone l’accento anche sulle conseguenze dell’omessa denuncia, che può portare, nei casi più estremi, ad integrare anche il reato di favoreggiamento mediante omissione

⁴¹¹ Cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 484, in cui si evidenzia la necessità di un approccio che ricalchi la filosofia del *carrot & stick*; con cui contrapporre ai, purtroppo ancora, molteplici disincentivi alla segnalazione, dei benefici, presumibilmente di tipo economico, come l’attribuzione

anche se anche nel nostro ordinamento, in occasione degli interventi legislativi, si era discussa la possibilità di introdurre delle disposizioni simili, in molti si sono opposti a questa idea, ritenendo che avrebbe determinato una sorta di “mercificazione” del rapporto di collaborazione tra dipendente ed amministrazione, che, invece, dovrebbe essere del tutto spontaneo⁴¹².

Inevitabilmente, quindi, il dipendente italiano, che venga a conoscenza di un illecito nell’esercizio delle sue funzioni, eviterà di denunciarlo, in quanto i pregiudizi che gli deriverebbero sarebbero maggiori ai benefici, anche perché, nel corso dell’*iter* procedimentale stabilito dalla legge, la riservatezza sulle sue generalità sarà garantita solo parzialmente e questo, insieme ad una serie di conseguenze che ne deriverebbero, lo porta a girare la testa dall’altra parte.

Questa, purtroppo, è una situazione determinata da una cultura del sospetto, in cui il segnalatore di illeciti è ancora considerato un delatore, uno spione, piuttosto che “un individuo coraggioso che si pone in prima linea”⁴¹³ per la tutela degli interessi dei cittadini e dell’amministrazione. Sicuramente, c’è ancora molto da fare per garantire un’efficace applicazione di questo strumento indispensabile di lotta al malaffare pubblico e privato, ma che purtroppo, nonostante alcuni casi che fanno ben sperare, sia nel pubblico che nel privato, ancora stenta a decollare, soprattutto a causa delle lacune ancora presenti nella normativa, in particolare dal punto di vista di un’effettiva tutela del segnalatore, che mostrano la necessità di un nuovo intervento.

4.4. Il futuro del whistleblowing quale alternativa alla causa di non punibilità e alle altre misure premiali per i reati di corruzione della persona fisica e dell’ente.

Se si considera lo sviluppo che, negli ultimi anni, ha interessato il *whistleblowing* quale importante strumento di individuazione e contrasto agli

di una percentuale della somma “recuperata” in sede erariale, oppure, nel caso di vantaggio non quantificabile, attraverso l’attribuzione di premi morali o di gratificazioni.

⁴¹² Cfr. G. MASSARI, *Il whistleblowing all’italiana*, cit., p. 992.

⁴¹³ Cfr. G. MASSARI, *Il whistleblowing all’italiana*, cit., p. 992.

illeciti perpetrati nel settore pubblico e privato, è possibile anche considerare quelle che sono le sue potenzialità nello specifico settore dell'anticorruzione, soprattutto tenendo a mente la nuova Direttiva UE, approvata il 16 aprile 2019, con la quale si intende armonizzare a livello europeo la disciplina e garantire delle tutele maggiori⁴¹⁴ a colui che denunci gli illeciti commessi da altri e di cui sia venuto a conoscenza⁴¹⁵.

L'utilizzo del *whistleblowing* quale possibile efficace strumento di contrasto alla corruzione può essere giustificato alla luce dell'attuale natura del reato, tale da non renderlo più individuabile e, quindi, perseguibile, attraverso il ricorso al solo diritto penale, con cui si predispongono pene severe accompagnate da misure premiali, volte a incentivare l'autodenuncia e la collaborazione processuale dei correi dietro la promessa di un premio in termini di non punibilità, di sconti di pena o di benefici penitenziari⁴¹⁶.

⁴¹⁴ La Direttiva estende le tutele non solo ai dipendenti, ma anche a tutti coloro che entrino in contatto con quell'ente, quali consulenti, fornitori o stagisti, nonché ai parenti e ai coniugi dei segnalatori, che lo abbiano affiancato durante tutto il percorso, per proteggere anche loro da possibili ritorsioni. Prevede, inoltre, che gli Stati prendano in considerazione la possibilità di stabilire la regola dell'anonimato per le denunce, nonché di garantire ai segnalatori l'accesso gratuito a tutte le informazioni riguardanti il procedimento, oltre che l'adeguata assistenza legale, a cui si aggiunge una tutela che si spinga fino al punto di garantire un sostegno psicologico e/o finanziario ai segnalatori che siano stati bersaglio di ritorsioni, durante il corso del procedimento; ma, sicuramente, una delle previsioni di maggior rilievo, che potrà ulteriormente aiutare nell'efficace diffusione di questo strumento, è quella per cui il *whistleblower* può decidere a chi indirizzare la segnalazione, se un soggetto esterno od interno, in relazione alle circostanze concrete.

⁴¹⁵ L'augurio di una diffusione della cultura del *whistleblowing* nel nostro Paese, a seguito del recepimento della direttiva, è espresso da F. TORZO, E. REBAGLIATI, *Whistleblowing: strumento necessario per le aziende*, in *Dir. e Prat. Lav.*, 27/2019, P. 1723 ss.; M. SERAFINI, *Whistleblowing, più tutele per chi denuncia: approvata la direttiva Ue*, in *corriere.it*.

⁴¹⁶ Attraverso gli ultimi interventi legislativi, si è, sotto questo punto di vista, progressivamente avvicinata la normativa anticorruzione a quella antimafia ed antiterrorismo, nell'intento di applicare anche in quell'ambito, anche se aventi caratteristiche del tutto differenti, le stesse modalità di contrasto al reato, dove un ruolo fondamentale è giocato dall'incentivo alla collaborazione processuale; se, però, il ricorso alla collaborazione è stato fondamentale nella lotta alla criminalità organizzata e professionale, non si può dire lo stesso per la corruzione, dove l'idea di diffondere il "pentitismo" non potrà dare i suoi frutti, dal momento che, nel caso concreto, il corrotto o il

In effetti, l'idea di favorire la rottura del patto corruttivo tramite incentivi all'autodenuncia aveva una sua ragion d'essere in passato, quando la corruzione non aveva ancora assunto la dimensione sistemica con cui attualmente si presenta; di fronte a fatti di corruzione privata, limitata alla stipula del *pactum sceleris* tra il singolo funzionario pubblico corrotto e il privato corruttore, la promessa di impunità o di una consistente diminuzione di pena in caso di collaborazione sembrava essere l'unica soluzione, poiché avrebbero, da una parte, favorito la denuncia una volta che il reato fosse stato commesso, attraverso l'introduzione di un clima di incertezza e di sospetto tra i correi, e, dall'altra, evitato che, proprio per la situazione di incertezza, si stipulassero a monte accordi corruttivi⁴¹⁷.

Tuttavia, nel corso degli anni, la corruzione ha cambiato volto, passando dall'essere un fenomeno privato, seppur preoccupante per la sua diffusione, ad un vero e proprio sistema di gestione degli affari tra pubblici e privati; la lotta corruzione sistemica, quindi, richiede l'utilizzo di strumenti diversi da quelli che erano stati ideati per forme di corruzione più blande, in quanto così radicata nei vari ambienti da non poter essere contrastata attraverso l'esclusivo ricorso a strumenti penalistici, neanche se di tipo premiale.

Malgrado ciò, sembrerebbe questa la strada che si è scelto di percorrere negli ultimi interventi legislativi che vi sono stati sul tema; sia la legge n. 69 del 2015 che la legge n. 3 del 2019 hanno puntato tutto sui meccanismi premiali, rifacendosi alle proposte di legge degli anni '80 e al progetto di Cernobbio del 1994, guardando ad essi come mezzo per incentivare la collaborazione nelle varie fasi del procedimento e così determinare la rottura del sodalizio criminale tra corrotto e corruttore.

corruttore avranno più di una ragione per non procedere all'autodenuncia (basti pensare alla causa di non punibilità *ex art. 323-ter c. p.* che, quale condizione di applicabilità, richiede anche la messa a disposizione dell'utilità o del denaro percepito).

⁴¹⁷ Questa era l'idea presentata dapprima nel d. d. l. Azzaro, del 1984, e successivamente ripresa nel progetto di Cernobbio del 1994 (cfr. Cap. II, § 2.2).

Le maggiori perplessità riguardano l'efficienza dello strumento in termini di contrasto al fenomeno per tutte le criticità analizzate in precedenza, sia in riferimento alla collaborazione della persona fisica che dell'ente ⁴¹⁸.

Di fronte a questa situazione, la prospettiva alternativa per il legislatore sarebbe quella di affidarsi alle misure preventive della corruzione nel settore pubblico e privato, cercando di incentivare la denuncia non tanto dei diretti responsabili dei reati (attraverso lo strumento penalistico, adottando l'approccio del *carrot & stick*), ma soprattutto di coloro che vengano semplicemente a conoscenza degli stessi, attraverso la predisposizione di strumenti alternativi ed estranei al diritto penale.

In questo senso, potenziare il *whistleblowing* attraverso la previsione di incentivi alla sua applicazione potrebbe essere una soluzione per creare un efficace sistema di contrasto ai fenomeni corruttivi, dal momento che si affiancherebbe all'intervento repressivo, con le relative misure afflittive e premiali, anche un sistema che sarebbe in grado di far emergere tempestivamente fatti di corruzione ed affini anche in assenza della collaborazione dei diretti interessati.

Per tale ragione, in occasione dei prossimi interventi che si prospettano sul *whistleblowing* per dare attuazione alla recente Direttiva europea, sarebbe opportuno procedere ad un suo potenziamento, per far sì che si presenti quale mezzo alternativo ed extra-penale di svelamento e rottura del patto corruttivo.

⁴¹⁸ Basti pensare alle considerazioni fatte sulla causa di non punibilità o sull'agente sotto copertura, dove la sua inefficacia deriva dalla sostanziale impraticabilità dell'attività sotto copertura in un settore come quello dei reati di corruzione, in cui difficilmente un soggetto estraneo può penetrare senza destare il minimo sospetto o senza porre in essere condotte che lo avvicinino pericolosamente ad un agente provocatore, con conseguente punibilità *ex art. 323-ter*, co. 3, c. p. Anche per quanto riguarda la misura premiale introdotta a favore delle persone giuridiche nel sistema 231, si potrebbero avere qualche perplessità, che fa supporre un'applicazione limitata, se non del tutto residuale, della disposizione.

Rimane, tuttavia, un ostacolo nel suo sviluppo e nella sua diffusione come mezzo di contrasto alla corruzione, avente natura culturale, che, purtroppo, potrebbe rivelarsi piuttosto arduo da superare⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Cfr. M. PANSARELLA, *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2018, p. 275 ss., che auspica una diffusione della cultura della legalità, tale da mutare quell'atmosfera di sospetto con cui si guarda a colui che abbia denunciato un illecito commesso da altri, la quale disincentiva l'utilizzo di strumenti, come il *whistleblowing*, che, se attuati, potrebbero garantire importanti risultati sul piano del contrasto ai fenomeni corruttivi e a tutti i casi di *maladministration* che si verificano nel settore pubblico e privato.

Bibliografia

AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, G. LATTANZI (a cura di), 2° ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010;

AA. VV. *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, A. R. CASTALDO (a cura di), CEDAM, 2017 p. 89 ss.;

AA. VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella Pubblica Amministrazione*, F. CERRIONI, V. SARCONE (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019;

ALVINO, F. *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter*, in *magistraturaindipendente.it*, 5 marzo 2019;

AMARELLI, G. *L'attenuante della dissociazione attuosa (art.8 d. l. n. 152/1991)*, parte seconda, cap. II, tratto da AA.VV. *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi* a cura di Vincenzo Maiello, G. Giappichelli Editore, Torino;

AMATO, G. *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2016;

AMATO, G. *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, in *Riv. 231*, fascicolo 1, 2019, p. 9 ss.;

ARDIZZONE, S. *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, intervento al convegno "Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione" organizzato dall'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Bari, Bari 21 e 22 aprile 1995, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1995;

BALSAMO, A. *Gli interventi sulla disciplina sanzionatoria e sulla ipotesi di confisca*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, cap. 23, p. 451 ss.;

BARROCU, G. *Le operazioni sotto copertura nel ddl anticorruzione: facciamo chiarezza*, in Quot. Giur., 21 dicembre 2018;

BARTOLI, R. *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 3, 2013;

BARTOLI, R. *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato* in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 11, 2016;

BENUSSI, C. *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art.323-bis c.p.* in www.penalecontemporaneo.it, 26 giugno 2015;

BONSEGNA, M., S. MICELI, *L'avanzata della lotta alla corruzione e l'impatto sui sistemi organizzativi 231*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2019, p. 309 ss.;

BONSEGNA, M., S. MICELI, *I pesanti effetti della spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in Riv. 231, fascicolo 3, 2019, p. 77 ss.;

BRAMIERI, M., M. GARLASCHELLI, P. SANTORO *Prevenzione reati nelle società, enti e P.A.*, CEDAM, 2018, p.149ss;

Camera dei deputati, n.1175, proposta di legge d'iniziativa dei deputati Pecoraro Scanio, Incorvaia. Presentata il 5 settembre 1994. Modifiche al Codice penale e di procedura penale in materia di reati contro la pubblica amministrazione in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

Camera dei deputati, n.1239, proposta di legge d'iniziativa dei deputati Ayala ed altri. Presentata il 16 settembre 1994. Norme per la prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti politici in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

CAMON, A. *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura* in Archivio Penale 2018, n.3, attualità;

CANTONE, R. *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d. lgs. n. 165/2001 (art.1, comma 51)*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, cap. 12, § 2, p. 245;

CANTONE, R. *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione* in Giurisprudenza Penale Web, 2018, fascicolo 10;

CANTONE, R., G. L. GATTA *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione. Lettera al Direttore del Corriere della Sera pubblicata il 21 febbraio 2018 (pag.11)* in www.penalecontemporaneo.it;

CANTONE, R., MILONE A. *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c. p.*, in penalecontemporaneo.it, fascicolo 6, 2019;

CARLONI, E. *L'anticorruzione tra prevenzione, manette e buonsenso* in www.penalecontemporaneo.it, 4 Marzo 2019;

CASELLI, G., LAUDI M., MILETTO P., PERDUCA A. *La dissociazione dal terrorismo (l. 18 febbraio 1987, n.34, e relazioni ministeriali periodiche)*, in *La legislazione dell'emergenza. Commenti ed atti ufficiali*, riuniti da Giovanni Conso, Giuffrè Editore, 1989;

CASELLI, G. e INGROIA A., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni di emergenza* in AA.VV. *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di Vittorio Grevi, Editori Laterza, 1993;

CATANEO, C. *L'assenza di una disciplina intertemporale della legge spazzacorrotti al vaglio della giurisprudenza di merito*, in penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2019;

CENTONZE, F. *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d. lgs. vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., fascicolo 3, 2017, p. 945 ss.;

CHELAZZI, G. *La dissociazione dal terrorismo (art.4 e 5 d. l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modificazioni nella l. 6 febbraio 1980, n.15)*, in *La legislazione dell'emergenza. Commenti ed atti ufficiali*, riuniti da Giovanni Conso, Giuffrè Editore, 1981;

CINGARI, F. *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma* in Dir. Pen. Cont., Rivista trimestrale, fascicolo 1, 2012, p.79ss;

CISTERNA, A. *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, in Guid. Dir., fascicolo 7, pp. 71, 2 marzo 2019;

CLARICH, M., MATTARELLA, B. G. *La prevenzione della corruzione*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, cap. II, § 3, p. 62 ss.;

COCCO, G. *Le recenti norme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali* in Responsabilità Civile e Previdenza, fascicolo 2, 1/02/2018, p.374;

COLOMBO, G. *Stato di diritto e corruzione. i risultati delle indagini milanesi sui reati contro la pubblica amministrazione*, in Cass. Pen., fascicolo 8/9, 1994;

CONSULICH, F. *Vigilantes puniri non possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., fascicolo 3, 2015, p. 445 ss.;

COPPOLA, F. *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 4, 2018;

D. d. l. presentato dal Ministro della Giustizia Bonafede recante Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici, in Camera dei deputati N.1189;

D. l. 13 maggio 1991, n. 152: Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa;

DE CARO, A. *La legge c. d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in Proc. Pen. e Giust., fascicolo 2, 2019;

DEL VERO, G. *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie* in Dir. Pen e Proc., fascicolo 10, 2010;

Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)" dell'ANAC;

DI PIETRO, A. ed altri *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti* in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

DOLCINI, E. e VIGANO' F. *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione* in Dir. Pen. Cont., Rivista trimestrale, fascicolo 1, 2012, p.239 ss;

DOLCINI, E. *Appunti su corruzione e legge anticorruzione* in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2013, fascicolo 2, p.527;

DOMENICONI, G. *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n.69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione* in www.penalecontemporaneo.it, 2016;

EPIDENDIO, T. *Corruzione e sanzioni a carico degli enti* in *Corruzione Nazionale e Internazionale* di Massimo Mantovani, Franco Bonelli, Giuffrè Editore, 2014;

FIANDACA, G. *Legge penale e corruzione* in *Foro it.* 1998 parte V col.1;

FIORELLA, A., MASUCCI, M. *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, p. 517 ss.;

FLICK, G. M. *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?* In *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1994;

FLICK, G. M. *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione* in www.penalecontemporaneo.it, 2014;

FLICK, G. M. *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?* in *Cass. Pen.*, 2015, fascicolo 9, p.2980B 2;

FLICK, G. M. *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, fascicolo 3-4, 2018, p.461ss;

FORTI, G. *Unicità o irripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione "sostenibile" dei crimini politico-amministrativi*", in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 1075;

FRAGASSO, B. *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la Pubblica Amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2019;

FREDIANI, M. *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, fascicolo 3, 2018;

FRIGNANI, A. *Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci ed ombre*, in *Dir. Industr.*, fascicolo 1, 2018;

GAMBARDELLA, M. *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione* in *Cass. Pen.* Fascicolo 1, 1/01/19, p.44;

GANDINI, F. *La protezione dei whistleblowers*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, ASTRID, 2010;

GAROFOLI, R. *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.* in www.penalecontemporaneo.it, 2012;

GREVI, V., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1981;

GROSSO, F. C. *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di manipolite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in Cass. Pen. fascicolo 8/9, 1994, p.2341ss;

GUIDO, E. *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2015;

GULLO, A. *Il contrasto alla corruzione tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente: brevi note tratto da Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, a cura di Andrea R. Castaldo, Wolters Kluwer Italia, p.89ss;

IELO, P. *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazione attive e passive* in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2019;

Intervento del presidente dell'ANAC Raffele Cantone in occasione della relazione annuale sulla prevenzione della corruzione alla Camera, 6 giugno 2019;

LANZOTTI, C. *La legislazione emergenziale in AA.VV. Le politiche legislative di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di Sandro Staiano, p.167 ss., Jovene Editore, 2003;

Legge 6 Febbraio 1980, N.15 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 dicembre 1979, n.625, concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica.;

Legge 29 maggio 1982, n. 304: Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale;

Legge 18 Febbraio 1987, n.34: Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo;

Legge 13 febbraio 2001, n. 45: Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza;

Legge 6 novembre 2012, n. 190: Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione;

Legge 27 maggio 2015, n. 69: Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio;

Legge 30 novembre 2017, n. 179: 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;

Legge 9 Gennaio 2019, n.3: Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici;

MAGLIULO, A. *Politiche legislative premiali per i collaboratori di giustizia: genesi storica, analisi della normazione vigente, aspetti comparatistici*, in AA.VV. *Politiche legislative di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di Sandro Staiano, p.47 ss., Jovene Editore, 2003;

MANICCIA, A. *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la pubblica amministrazione: i "tratti" confusi della riforma anticorruzione*, in Cass. Pen., fascicolo 5/6, 2019, pp. 2369;

MANNOZZI, G. *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale* in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 6, 2008;

MARTINELLI, F. *Il fenomeno del whistleblowing*, in giurisprudenzapenale.com, 2017;

MASIERO, A. F. *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in lalegislazionepenale.eu., 8 aprile 2019;

MASSARI, G. *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in Stud. Iuris, fascicolo 9, 2018;

MATTARELLA, B. G., M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012;

MAZZACUVA, N., AMATI, E. *Diritto penale dell'economia*, 4° Ed., Wolters Kluwer Italia, Milano, 2018;

MERLONI, F. *I piani anticorruzione e i codici di comportamento* in *Dir. Pen. e Proc.* 2013;

MERLONI, F. *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1 co. 49 e 50)*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, cap. 9, p. 193 ss.;

MOCCIA, S. *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1996, p.463ss;

MOLLACE, F. *La collaborazione con la giustizia quale fattore di accesso "agevolato" ai benefici penitenziari* in *Diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di Bartolomeo Romano e Giovanni Tinebra, cap. IV, p.417 ss., Giuffrè Editore, 2013;

MONGILLO, V. *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015* da *Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"* in www.penalecontemporaneo.it, 2015;

MONGILLO, V. *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in penalecontemporaneo.it, fascicolo 5, 2019;

MONZANI, S. *Partecipazione e responsabilità dei dipendenti pubblici nella funzione di prevenzione della corruzione* in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (II)*, fasc. 5-6, 1dicembre 2016, p. 655;

MUIESAN, T. *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la pubblica amministrazione: al nemico che fugge ponti d'oro*, in discrimen.it, 14 marzo 2019;

MUSELLA, A. *Criteri e "Best Practices" per realizzare e attuare in modo efficace un idoneo "modello anticorruzione"* in *Corruzione Nazionale e Internazionale* di Massimo Mantovani, Franco Bonelli, Giuffrè Editore, 2014;

MUSELLA, A., FORMENTI O., IELO D. *Responsabilità degli enti e disciplina anticorruzione* in *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs.231/01)*, IPSOA 2017;

Opinioni su Disegno di legge N.1189 in www.camera.it;

PADOVANI, T. *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità* in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1986;

PADOVANI, T. *Il problema tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità* in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1996, p.448 ss.;

PADOVANI, T. *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma* in Archivio Penale 2018, fascicolo 3, editoriale;

PAGLIARO, A. *Confronti testuali tra le due leggi più recenti sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* in Cass. Pen. fascicolo 5, 2015;

PALAZZO, F. *Corruzione: per una disciplina "integrata" ed efficace*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 10, 2010;

PANSARELLA, M. *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2018, p. 275 ss.;

PAOLETTI, A. *Legge "Spazza corrotti": prime riflessioni sui nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione* in Approfondimenti, www.diritto.it;

PAOLONI, L. *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della corte EDU* in Cass. Pen., fascicolo 5, 2016;

PASCULLI, M. A., S. RUBERTI, *Il modello organizzativo come strumento di (de)responsabilizzazione dell'ente tra pratica e teoria*, in Riv. 231, fascicolo 3, 2013, p. 157 ss.;

PELISSERO, M. *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale* in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 3, 2008;

PELISSERO, M., *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, cap. 17, p. 347 ss.;

PELISSERO, M. *"Nuove" misure di contrasto alla corruzione?* in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 1, 2015;

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

PIERGALLINI, C. *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, G. LATTANZI (a cura di), 2° ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010;

PIERGALLINI, C. *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. Pen. e Proc.*, fascicolo 4, 2019;

PIERGALLINI, C. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dir. Pen. e Proc.*, fascicolo 6, 2019;

PISANI, N. *Il Disegno di legge “spazza corrotti”*: solo ombre in *Cass.Pen.* Fascicolo 11, 1/11/18, p.3589;

PIVA, D. *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all’insegna del “chi sbaglia paga, l’onestà conviene”* in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 3 www.giurisprudenzapenale.com;

PRIMICERIO, L. *Prospettive di una nuova e consapevole azione di contrasto al fenomeno della corruzione* tratto da *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, a cura di Andrea R. Castaldo, Wolters Kluwer Italia, p.113ss;

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, Direttiva n.2/2019 ad oggetto Direttive per i servizi di polizia giudiziaria relative all’applicazione delle nuove disposizioni in materia di operazioni sotto copertura e nuova causa di non punibilità di cui alla legge n.3/2019, in www.penalecontemporaneo.it;

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, N.604/19 del 21 febbraio 2019, ad oggetto L.3/2019. Operazioni sotto copertura e nuova causa di non punibilità in tema di reati contro la P.A. -Direttive- in www.penalecontemporaneo.it;

Proposta di Legge d’iniziativa dei deputati Azzaro ed altri. Presentata il 31 Maggio 1984, Nuova disciplina dei delitti di concussione e corruzione, Camera dei deputati N.1780;

Proposta in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento di partiti, Cernobbio, 1994, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1994;

PULITANO’, D. *Alcune risposte alle critiche verso la proposta Relazione tenuta al Convegno “Proposte per la lotta alla corruzione”*, Università degli Studi di Milano, 1994 in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1994;

PULITANO’, D. *La giustizia penale alla prova del fuoco* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, p.5ss;

PULITANO', D. *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti ed altro*, in Dir. Pen. Cont., fascicolo 3, 2019;

PULITANO', D. *La causa di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e della riforma dell'art. 4 bis*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 5, 2019, p. 600 ss.;

QUINTANA, R. *Anticorruzione- Novità legislative e riflessi sull'attività d'impresa*, in Guid. Dir., 7 giugno 2019;

ROMANO, M. *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, ed. IV, Giuffrè Editore, Milano, 2019;

ROSSI, A. *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato* in Dir. Pen. e Proc. 2013;

RUGA RIVA, C. *La struttura delle fattispecie premiali*, in *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 373, §2.

RUGA RIVA, C. *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2002;

RUGANI, A. *I profili penale del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in lalegislazionepenale.eu, 2018;

SANTORIELLO, C. *Decreto "spazza corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in Arch. Pen., fascicolo 1, 2019;

SANTORIELLO, C. *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in Riv. 231, fascicolo 1, 2019, p. 49 ss.;

SANTORIELLO, C. *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili e incoerenti "furori sanzionatori"*, in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 6, 2019;

SCEVI, P. *Riflessioni sul ricorso all' agente sotto copertura qual strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in Arch. Pen., fascicolo 1, 2019;

Schede di lettura del Disegno di legge N.1189, in www.camera.it;

SCOLETTA, M. M. *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma sul sistema del d. lgs. n. 231/2001*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, cap. 24, § 3, 4 e 6, p. 475 ss.;

SEMINARA, S. *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale* in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 10, 2012;

SEMINARA, S. *Corruzione e anticorruzione* in Dir. Pen. e Proc. Fascicolo 9, 2017;

Senato, n.432, disegno di legge d'iniziativa dei senatori Pecchioli ed altri. Comunicato alla Presidenza il 12 gennaio 1984: Disposizioni a favore di chi si dissocia dal terrorismo;

Senato, n.1043, disegno di legge d'iniziativa dei senatori Salvi ed altri. Comunicato alla Presidenza il 21 ottobre 1994: Modifiche al Codice penale e di procedura penale in materia di punizione e prevenzione dei fenomeni di corruzione, diritto alla difesa e accelerazione dei processi in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

Senato, n.1084, disegno di legge d'iniziativa dei senatori Imposimato ed altri. Comunicato alla Presidenza il 2 novembre 1994. Modifica dei reati contro la pubblica amministrazione in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

SERAFINI, M. *Whistleblowing, più tutele per chi denuncia: approvata la direttiva Ue*, in corriere.it.

SERENI, A. *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., fascicolo 3-4, 2018, p. 620 ss;

SEVERINO, P. *La nuova legge anticorruzione* in Dir. Pen. e Proc., fascicolo 1, 2013;

SGUBBI, F. *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione* Relazione tenuta al Convegno "Proposte per la lotta alla corruzione", Università degli Studi di Milano, 1994 in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

SPENA, A. *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)* in Stud. Iuris, fascicolo 10, 2015;

STELLA, F. *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, Relazione tenuta al Convegno "Proposte per la lotta alla corruzione", Università degli Studi di Milano, 1994 in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1994;

STURZO, L. *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P. A.*, in Arch. Pen., fascicolo 2, 2019;

TARALLO, A. *Riflessioni sullo stato della giurisprudenza CEDU in materia di "agente provocatore" e sui rischi implicati dalla causa di non punibilità ex art. 323-ter c. p. prevista dal D. D. L. contenente misure per il contrasto dei reati contro la P. A.*, in Giust. Pen., fascicolo 1, 2018, pp. 302;

TORZO, F., REBEGLIATI, E. *Whistleblowing: strumento necessario per le aziende*, in Dir. e Prat. Lav., 27/2019, P. 1723 ss.;

TREMOLADA, C. *La legge "spazza corrotti" approda alla Corte costituzionale. L'incidente (di legittimità costituzionale) sollevato dal Tribunale di sorveglianza di Venezia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 21 maggio 2019;

VANDELLI, M. (a cura di) *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passisli, Astrid, 2010;

VANNUCCI, A. *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2012;

VERGINE, F. *Poche luci e molte ombre nelle nuove norme introdotte dalla legge n. 3 del 2019*, in Il Processo, fascicolo 1, 2019, p. 177 ss.;

VIGLIETTA, G. *La l. 6 novembre 2012, n.190 e la lotta alla corruzione* in Cass. Pen. 2013, fascicolo 1, p.0017B;

ZANOTTI, R. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma* in Cass. Pen. 2004, fascicolo 5, p1819;

ZAGREBELSKY, V. *Dopo "mani pulite" tanti interrogativi* in Cass. Pen., fascicolo 8/9, 1994, p. 508;

ZAGREBELSKY, V. *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Non tutto ciò che è lecito è anche opportuno* in Cass. Pen. fascicolo 8/9, 1994 p.2337ss;