

LUISS 

Dipartimento
di GIURISPRUDENZA

Cattedra di DIRITTO PENALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

LA LEGGE N. 3 DEL 2019:
NUOVI MODELLI PUNITIVI IN TEMA
DI RESPONSABILITA' INDIVIDUALE
E COLLETTIVA

Chiar.ma Prof.ssa Maria Novella Masullo

RELATORE

Chiar.mo Prof. Antonino Gullo

CORRELATORE

Claudia Ariano

Matr. 141443

CANDIDATA

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

<i>INTRODUZIONE</i>	4
---------------------------	---

CAPITOLO I

NUOVI MODELLI DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

1.1. La svolta della legge n. 190 del 2012 nella duplice direzione preventiva-repressiva.....	8
1.2. Il modello di prevenzione ex d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 e il Piano di prevenzione della corruzione	25
1.3. Il responsabile della prevenzione della corruzione nelle società controllate.....	29
1.4. Dalla legge “Severino” alla novella L. 69/2015: una lotta alla corruzione ad ampie vedute.....	31
1.5. L'influenza europea e internazione.....	37
1.5.1. I profili internazionalistici della responsabilità <i>ex crimine</i> degli enti collettivi.....	49
1.5.2. Le raccomandazioni del WGB in tema di corruzione dirette agli enti	59

CAPITOLO II

LE NOVITA' SUL PIANO DELLA RESPONSABILITA'

INDIVIDUALE INTRODOTTE DALLA LEGGE N.3 DEL 2019

2.1. La legge "Spazzacorrotti".....	61
2.2. Le novità sul piano investigativo - processuale	62
2.3. Le novità sul piano sostanziale	69
2.4. La riforma dell'istituto della prescrizione.....	81
2.5. La nuova corruzione internazionale.....	86
2.6. La nuova causa di non punibilità	96

CAPITOLO III
LE MODIFICHE ATTUATE SUL PIANO DELLA
RESPONSABILITA' DEGLI ENTI

3.1. I punti di contatto tra la legge n. 3 del 2019 e il d.lgs. n. 231 del 2001.....	103
3.2. L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto: il nuovo art. 346-bis	105
3.3. L'art.346- bis e il fenomeno delle lobby: come incide sulla compliance..	116
3.4. L'inasprimento delle sanzioni interdittive.....	120
3.5. Il carattere di <i>extrema ratio</i> delle sanzioni interdittive e gli squilibri sanzionatori.....	125
3.5.1. I meccanismi di limitazione delle sanzioni interdittive.....	130
3.6. La premialità per le condotte realizzate <i>post-delictum</i>	131
3.7. L'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla persona fisica autore del reato presupposto	134

CAPITOLO IV
UN MODELLO DI LEGISLAZIONE EMERGENZIALE: PROFILI
CRITICI

4.1. I rilievi critici del modello emergenziale.....	142
4.2. I problemi sul piano sostanziale: il bene giuridico tutelato e il tradimento del "sistema 231"	154
4.3. I riflessi sul piano investigativo-processuale della legislazione emergenziale.....	159
4.4. La legislazione emergenziale: dalla lotta alla criminalità organizzata alla lotta alla corruzione.	165
<i>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</i>	184
Bibliografia	197

INTRODUZIONE

Il percorso evolutivo della legislazione anticorruzione

In Italia, i reati contro la Pubblica Amministrazione sono stati interessati da una molteplicità di riforme nel corso dell'ultimo trentennio, il legislatore si è trovato a fronteggiare un fenomeno di corruzione crescente ritenuto al giorno d'oggi "sistemico," che non si limita a pregiudicare il buon andamento e l'imparzialità della P.A., si tratta di un fenomeno dilagante e corrosivo del tessuto economico¹ della società e dannoso per l'equilibrio politico democratico: presuppone e favorisce esattamente l'opposto della trasparenza dei meccanismi decisionali delle amministrazioni pubbliche, quindi ingenera nei cittadini sfiducia nelle istituzioni e nei meccanismi di legittimazione democratica. La corruzione altera il principio di uguaglianza, perché mina le pari opportunità del cittadino a partecipare alla vita economica e sociale di una comunità. Sono tali le ragioni per la quale la stessa viene avvertita come un fenomeno emergenziale da combattere a livello penale tramite strumenti via via più repressivi, rivela l'urgenza di una riflessione più profonda sulle tendenze dello *ius puniendi* nel nostro paese.

A partire dagli anni '90, con la legge 26 aprile 1990 n.86 il legislatore avvia una profonda riscrittura dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Si tratta di una delle più importanti revisioni novellistiche della parte speciale del codice in quanto detta riforma investe un settore dove i diversi poteri dello Stato si incontrano e vengono in conflitto.

Gli obiettivi di fondo possono individuarsi nella relazione del Guardasigilli ad un disegno legge governativo a metà degli anni ottanta, atto a sottolineare la necessità di potenziare da un lato la risposta punitiva dell'ordinamento di fronte alle condotte

¹ PATRONI GRIFFI F. "Battere la corruzione una sfida impossibile?" Intervento alla tavola rotonda della Scuola Superiore della Magistratura – Scandicci – 29 aprile 2015 " I costi economici sono difficilmente quantificabili con serietà; ma, sicuramente, la corruzione costituisce una "tassa" indiretta sulle imprese esistenti e una barriera all'ingresso per nuove iniziative economiche; distorce l'allocazione delle poche risorse disponibili; è causa di una lievitazione dei costi delle opere pubbliche che viene traslata sul committente e quindi si riflette sulla spesa pubblica".

illecite poste in essere da pubblici agenti e dall' altro evitare un ingiusto sindacato del magistrato penale sul merito delle scelte amministrative. Infatti il raggiungimento di tali obiettivi iniziava ad essere non più differibile di fronte alla tendenza del potere giudiziario a controllare le scelte e l' operato dei soggetti pubblici. Questa anomala situazione aveva portato a un contrasto tra potere amministrativo e potere giudiziario. La riforma del '90 dunque si pone in un'ottica di continuità rispetto alle principali direttrici di riforma emerse nei progetti discussi nella precedente legislatura.

Il legislatore si è innanzitutto preoccupato di rafforzare la repressione penale al fine di contrastare il fenomeno dell'affarismo e della corruzione, intervenendo sia da un lato definitorio andando a intervenire sulle qualifiche soggettive, in modo da ridurre i contrasti interpretativi sia ampliando i casi in cui è prevista la punibilità dell'incaricato di pubblico servizio. Procedendo con l' inserimento di nuove fattispecie criminose come il peculato d' uso, malversazione ai danni dello Stato, istigazione alla corruzione, interviene sul trattamento sanzionatorio eliminando la pena pecuniaria originariamente prevista accanto alla pena della reclusione, reputata di scarsa capacità deterrente contrariamente alla linea di tendenza dominante a livello europeo. La riforma ha poi il merito di enucleare la corruzione in atti giudiziari come figura autonoma di reato, precedentemente circostanza aggravante dell'art 319 c.p.

La riforma del '90 tuttavia non raggiunse l'obiettivo auspicato, nel giro di pochi anni l'esplosione di Tangentopoli rivela l'inefficienza del sistema penale appena novellato. Sempre a partire dagli anni '90 al livello sovranazionale, si assiste alla nascita delle prime Convenzioni in materia di contrasto alla corruzione, che prevedono la costituzione di organismi volti a monitorare il livello di effettività delle politiche anticorruzione interne agli Stati Membri. In effetti sulla scia dell'evoluzione del fenomeno, da burocratico pulviscolare a politico amministrativo sistemico gli Stati Membri prendono coscienza della minaccia che la corruzione rappresenta per gli interessi finanziari delle organizzazioni internazionali, soprattutto per la fiducia nella legalità delle istituzioni e per la convivenza e per le condizioni fondamentali della convivenza nella Comunità internazionale.

Nel '97 il legislatore interviene sulla fattispecie di "abuso di ufficio" al fine di risolvere l'importante problema dell'interferenza del potere giudiziario sull'operato amministrativo.

Nel 2000 con la legge 29 settembre n.300 è stato completato il travagliato iter tramite il quale l'Italia ha adeguato il proprio ordinamento agli accordi assunti in sede internazionale al fine di realizzare un programma di contrasto di alcune forme di criminalità economica internazionale e di forme di corruzione in cui sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati Membri dell'unione europea. Con la stessa legge è stata introdotta inoltre l'ipotesi di confisca del profitto o del prezzo del reato rispetto ai delitti previsti dagli artt.314/320 c.p.

La stessa legge, ha portato all'introduzione con il d.lgs. 8 giugno n.231/2001 della responsabilità delle persone giuridiche nel caso di reati contro la P.A., al fine di prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo si invitano gli enti collettivi a dotarsi di un adeguato ed efficiente modello organizzativo, e di conseguenza a istituire organi deputati alla vigilanza sulla regolare attuazione e efficacia del modello stesso.

Sono ancora molteplici gli istituti, le misure e gli strumenti di contrasto alla corruzione, tanto da far assumere al nostro ordinamento la forma di un "cantiere permanente" in cui è costante la ricerca di presidi volti a risolvere vizi, che tuttavia paiono insanabili.

Le trasformazioni criminologiche della corruzione hanno inciso soprattutto sul piano applicativo finendo per determinare una divaricazione tra modello vigente e modello vivente, in assenza di interventi riformatori realmente capaci di incidere sui punti di vera criticità del sistema repressivo, la giurisprudenza ha dato il via a un processo volto al potenziamento della effettività dei delitti di corruzione e alle relative pene. Al fine di assicurare nuove forme di tutela, di semplificazione probatoria dei reati di corruzione legate al difficile accertamento e per evitare il sopraggiungere della prescrizione, la giurisprudenza ha finito per forzare la struttura delle fattispecie di corruzione.² Il rafforzamento della disciplina penale in materia di corruzione sembra piuttosto problematico sul piano dei principi di garanzia ma anche sul piano politico criminale. In merito alle garanzie, l'appiattimento dell'intervento legislativo sul modello di corruzione sistemica, porta a una progressiva dilatazione dei beni

² In tal senso CINGARI F. *"Repressione e prevenzione della corruzione verso un modello di contrasto integrato"*, TORINO ,2012 Pag. 7 "Esemplare da questo punto di vista, può essere considerato il processo di "volatilizzazione" del requisito dell'atto d'ufficio, che ha consentito alla giurisprudenza di ricondurre la corruzione della funzione nell'ambito della corruzione propria, ma anche la progressiva dilatazione della fattispecie di corruzione in atti giudiziari e il criterio giurisprudenziale di individuazione del momento consumativo dei delitti di corruzione."

giuridici tutelati³, che rischia di emancipare il disvalore dell'illecito penale, dal piano amministrativo, dai beni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., verso una rarefazione del contenuto offensivo del reato concentrato sul semplice mercimonio⁴.

Sul piano politico criminale il rafforzamento dell'intervento repressivo del diritto penale non è necessariamente utile al contrasto del fenomeno di corruzione proprio in ragione dei limiti che il diritto penale trova in casi di fenomeni di macro corruzione. Ed infatti mentre la corruzione costituisce sempre più un fenomeno strutturale e sistemico, il diritto penale ha un carattere episodico essendo percepito per reprimere singoli fenomeni criminosi e non fenomeni criminali.⁵

Il seguente lavoro, si pone l'obiettivo di ricostruire, senza alcuna intenzione o presunzione di completezza, l'iter normativo che ha interessato i delitti di corruzione fino a giungere all'ultima riforma, di cui si analizzano i punti più problematici. Il lavoro pone uno sguardo sui risvolti che le pratiche corruttive assumono nel tessuto economico, le quali hanno portato il legislatore a prevedere un modello di incriminazione non più calibrato sulla persona fisica, ma esteso alla persona giuridica, struttura organizzativa che molto spesso rimane sullo sfondo di fenomeni criminosi, imponenti e allarmanti, si tratta di una misura repressiva considerata assolutamente indispensabile ai fini di una più effettiva lotta alla corruzione.

³ PALAZZO F. *“Profili criminologici e disciplina legislativa della corruzione in Italia”* Pubblicato in *Delitos contra la Administración Pública*, a cura di Francisco R.Heydegger/Jhuliana C. Atahuamán P., 2013, IDEMSA/Centro de Estudios Penales “Confermando ancora una volta come questa nostra nozione penalistica di bene giuridico sia in realtà la sede privilegiata dell'incrocio delle diverse scienze criminali: la criminologia, la politica criminale, il diritto penale”

⁴ CINGARI F. *“Repressione e prevenzione della corruzione”* cit. pag.5 “Da questo punto di vista esemplare è la proposta di sostituire con un'unica macro fattispecie di corruzione nell'ambito della quale ricondurre, oltre alle fattispecie attualmente previste anche altre tipologie di illeciti latamente corruttivi”

⁵ Nello stesso senso PALAZZO F., cit., “Mentre la corruzione è divenuta, almeno in certi Paesi, un dato sociale strutturale e sistemico, l'intervento penale non può che essere per sua natura episodico e “puntuale”

CAPITOLO I

NUOVI MODELLI DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

1.1. La svolta della legge n. 190 del 2012 nella duplice direzione preventiva- repressiva

In questa stratificazione di leggi, per comprendere appieno il senso e la portata dell'ultima riforma è necessario inquadrarla nel percorso evolutivo di maturazione. Ad innescare il trend di profonda rivisitazione della disciplina anticorruzione è stata, come si è detto, la storica riforma del 2012.

La nuova legge può considerarsi profondamente innovativa poiché a differenza delle precedenti accanto alla dimensione repressiva si sviluppa per la prima volta una dimensione preventiva.

Tale impostazione prende le mosse dalla Convenzione internazionale di Meridia del 2003 e ratificata con L. 3.8.2009, n. 116 in essa all' art.5 è scritto infatti, che ciascuno Stato deve elaborare “delle politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate che favoriscano la partecipazione della società e rispecchino i principi di stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità”. La Convenzione pertanto fissa una salda cornice entro la quale gli Stati Membri possono in completa autonomia adottare le misure preventive necessarie rispettando i principi dell'ordinamento interno.

La Legge “Severino” può distinguersi per la sua innovatività e organicità, sotto il profilo della prevenzione, da una prospettiva controllo dettata dalla diffidenza verso una pubblica amministrazione di cui non ci si può fidare, lo spirito della normativa capovolgendo l'ottica, ritiene di combattere la corruzione e assicurare la cura dell'interesse pubblico ponendosi non contro l'amministrazione ma sfruttando la parte migliore di essa. La legge comprende delle misure organizzative, cui si accompagnano delle disposizioni più tradizionali che si inseriscono nel quadro degli

strumenti penali volti a reprimere i comportamenti illeciti. Per quanto riguarda le misure organizzative volte a intervenire sul piano preventivo, sicuramente quella più importante è rappresentata dall'attribuzione a un'autorità specifica delle funzioni di Autorità Nazionale anticorruzione, scelta che riflette un'immediata conseguenza degli impegni assunti a livello europeo e sovranazionale. L'iter d'assestamento della figura dell'autorità nazionale è stato lungo e complesso, inizialmente le funzioni di autorità nazionale anticorruzione erano state attribuite alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e la legalità delle pubbliche amministrazioni⁶, parallelamente alcune competenze, come la predisposizione e l'approvazione di un Piano Nazionale Anticorruzione, erano state riservate al Dipartimento della funzione pubblica. Successivamente le varie competenze sono state riunite in capo all'ANAC, riorganizzata ai sensi dell'art. 19 d.l. 24.6.2014, n. 90.

Le ulteriori misure organizzative si distinguono in misure generali di prevenzione e misure speciali di prevenzione. Nel primo gruppo rientrano le misure relative alla trasparenza⁷, le quali hanno aggiunto accanto agli obblighi di trasparenza che impongono alle pubbliche amministrazioni di rendere conoscibile all'esterno attraverso la pubblicazione di una serie di atti o dati, il diritto di accesso civico o generalizzato agli atti delle amministrazioni pubbliche, diritto non completamente sovrapponibile agli obblighi di trasparenza stessi poiché può ricomprendere anche atti non soggetti all'obbligo di pubblicazione.

Le misure che regolano l'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti pubblici e le disposizioni idonee a prevenire o a regolare i casi di conflitto di interesse.

Le misure specifiche di prevenzione, invece si articolano nell'approvazione di un codice di comportamento e nella predisposizione di un piano triennale per la

⁶Art. 13 d.lgs. 27.10.2009, n. 150.

⁷Si tratta di rafforzare il sistema immunitario all'interno dell'agire pubblico che nella diffusione di una cultura della legalità, nella revisione di codici di comportamento dei dipendenti pubblici e nelle rigorose regole di trasparenza amministrativa, sappia contribuire anche al progresso di quell'etica civile da porre alla base di una corretta partecipazione democratica a processi decisionali condivisi; per una compiuta rassegna di modelli di controllo integrato in cui "la prevenzione mediante organizzazione" tende decisamente a ridurre il rischio corruttivo anche attraverso una connaturata componente premiale, per la lotta a fatti in cui il diritto conserva necessariamente uno spazio sussidiario, si rinvia a MONGILLO V., *"Il sacchetto d'oro, e la "spada inguainata": l'interazione del pubblico-privato e il peso degli "incentivi in un recente modello di compliance anticorruzione"* in diritto penale contemporaneo 6 febbraio 2015, Pag.17.

prevenzione della corruzione, quest' ultimo strumento può comprendere anche le misure dirette ad adempiere gli obblighi di trasparenza e a rendere effettive le relative disposizioni, presentandosi come uno strumento integrato per la prevenzione della corruzione e per l'attuazione della trasparenza. Le misure specifiche di prevenzione, il piano triennale per la prevenzione e i codici di comportamento sono sottoposti a un doppio livello, uno strumento generale di indirizzo predisposto a livello nazionale, e uno strumento settoriale approvato nell' ambito della singola pubblica amministrazione. Si hanno così da un lato un codice di comportamento nazionale e i codici approvati dalle singole amministrazioni e dall' altro il piano nazionale anticorruzione che è attualmente predisposto e approvato dall' ANAC, il quale ha il compito di individuare e definire i contenuti fondamentali e le linee guida che le pubbliche amministrazioni devono seguire nel dotarsi di propri strumenti di prevenzione, e il piano triennale per la prevenzione della corruzione approvato a livello della singola amministrazione.

Di fondamentale importanza è il binomio è il piano nazionale anticorruzione (PNA) e il piano triennale per la prevenzione della corruzione (PTPC), con tali strumenti si impongono alle pubbliche amministrazioni di predisporre delle misure organizzative in funzione della valutazione del rischio che all' interno delle stesse amministrazioni si verifichino fenomeni di corruzione intesi in senso ampio, ricomprendendosi gran parte dei reati contro la P.A.⁸

La logica degli strumenti in questione non è limitata alla prevenzione di fatti penalmente rilevanti ma persegue l'obiettivo più generale di evidenziare il rischio potenziale e ridurre l'eventualità di casi di *mala administration*.

⁸Nella versione originaria del PNA, approvata nel 2013 dal Dipartimento per la funzione pubblica competente secondo la disciplina previgente si stabilisce che “poiché il PNA è uno strumento finalizzato alla prevenzione il concetto di corruzione che viene preso a riferimento nel presente documento ha un'accezione ampia. Esso è comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319-ter, c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui - a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo”

Si prosegue con misure volte a rafforzare il rapporto che deve intercorrere tra pubblici agenti (sia elettivi che burocratico) e cittadino, il beneficiario dell'azione amministrativa al quale i primi devono necessariamente dar conto nello svolgimento della propria opera (accountability). Per regolare tale rapporto anche in questo caso si assiste a un capovolgimento da un agire riservato, all'apertura alla trasparenza dell'azione amministrativa, al fine di restituire al cittadino la fiducia nella pubblica amministrazione, ponendosi in un'ottica reputazionale⁹. L'Italia ha attuato uno statuto sulla trasparenza con un primo intervento nel 2013, si è introdotto un regime di pubblicità obbligatoria sui siti istituzionali di tutti gli enti pubblici di una serie di informazioni, in un secondo intervento nel 2016, è stato previsto un "accesso civico generalizzato" sullo schema del freedom information act (FOIA) ¹⁰il cittadino ha diritto a poter ricevere copia di atti e di tutte le informazioni in possesso delle amministrazioni pubbliche, diversi ovviamente da quelli già pubblicati. Diritto che incontra alcuni limiti negli interessi pubblici (alcune categorie di segreto) o nella tutela degli incompressibili diritti individuali di riservatezza dei dati personali. La trasparenza e l'accesso civico delineano un quadro profondamente innovativo delle politiche di prevenzione, in questo modo si consente al cittadino di conoscere le politiche e l'assetto organizzativo, a fronte di inadempimenti di uno o più obblighi di pubblicità chiunque può richiedere le informazioni di interesse alla pubblica amministrazione, se si concede la possibilità di conoscere le regole e lo stato di avanzamento dei procedimenti amministrativi e se è resa pubblica la condizione

⁹CANTONE R. *"Il contrasto alla corruzione, il modello italiano"* in diritto penale contemporaneo, 2 ottobre 2018.

¹⁰Il modello è nettamente distinto da quello del Freedom of Information Act (FOIA) statunitense, in quanto non vi è un diritto di conoscere generalizzato, bensì un diritto di conoscere conformato dalla imposizione positiva di obblighi di pubblicità. In altre parole il diritto a conoscere non è generalizzato in capo a tutti per qualsivoglia informazione ma esiste e può essere esercitato solo quale rimedio all'inadempimento di un obbligo di pubblicità. Questa scelta si fonda su tre ordini di ragioni. Primo, in un ordinamento complesso come il nostro, la positiva selezione degli obblighi di pubblicità da parte del legislatore "orienta" la scelta del cittadino verso le informazioni più rilevanti (gli obblighi sono molto estesi e coprono tutte le attività più significative); si evita così quel che succede proprio negli USA: l'accesso sarebbe inevitabilmente monopolizzato da soggetti forti e associazioni esponenziali, mentre il singolo cittadino non saprebbe nemmeno cosa chiedere. Seconda ragione: l'accesso, specialmente così esteso, richiede un'attività delle amministrazioni e molto tempo; il modello introdotto consente di scoraggiare richieste pretestuose quando non voyeuristiche e, soprattutto, di evitare che le stesse informazioni siano richieste alla stessa amministrazione da un numero potenzialmente illimitato di soggetti: ecco la logica della pubblicazione dei dati. Terzo: la pubblicità dei dati sui siti consente l'utilizzazione degli stessi da parte dei cittadini e rappresenta quindi il primo passo verso una cultura degli open data.

patrimoniale di amministratori e dirigenti, saranno gli stessi cittadini a poter avere contezza dell'andamento della macchina amministrativa e sul piano oggettivo, le eventuali anomalie del procedimento saranno più facilmente riconoscibili e ciò potrà contribuire a ridurre il rischio di corruzione, oltre al miglioramento della efficienza del sistema.

Da ultimo una serie di misure si interessano a fornire i ai dipendenti pubblici una serie di indicazioni circa i propri doveri e regole comportamentali al fine di tutelare l'azione pubblica favorendo un'imparzialità "soggettiva", evitando situazioni di conflitto di interesse e al contrario favorire, anche attraverso la trasparenza, l'emersione di fatti privati che possono porsi in contrasto con la cura del miglior interesse pubblico. A tal proposito , nell' ottica di rilancio dell' etica pubblica¹¹, la legge 190/2012 interviene sull'istituto del codice di condotta, a livello nazionale, previsto già nel 1993, privilegiandone la rilevanza anche a fini disciplinari, attraverso stringenti obblighi di condotta, all' art.1 comma 44 inserisce il codice di condotta del singolo ente, intervenendo così sull' art. 54 d.lgs.165/2001, evidenziando i principi posti alla base dell' azione amministrativa al quale ciascun dipendente deve conformarsi , come la prevenzione dei fenomeni corruttivi, rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell' interesse pubblico. I principi enunciati, sono poi ribaditi dal d. p. r. adottato il 16 aprile 2013 n. 62, ai sensi dell'art. 54 d.lgs. 165/2001: il dipendente pubblico deve osservare i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta. Si ribadisce che il dipendente "osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina e onore" conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa" e rispetta i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza agendo in posizione di indipendenza e imparzialità astenendosi in caso di conflitti di interessi. Una volta enunciati i principi che devono ispirare ciascun soggetto

¹¹PATRONI GRIFFI F. Cit., "Intesa come regola di comportamento di chi lavora per la collettività. Uno studioso americano Dennis Thompson (in uno scritto del 1992 sulla Public Administration Review), afferma testualmente che "l'etica rende la democrazia compiuta", consente di concentrare il dibattito sul merito e sulla sostanza delle politiche pubbliche e, in una parola, "offre i prerequisiti per la elaborazione della buona politica". In altri termini, "i funzionari devono comprendere che, nell'amministrazione, essi non hanno una responsabilità verso i propri partner commerciali o il proprio superiore, ma sono responsabili di fronte a tutti i cittadini"

pubblico, una parte delle disposizioni mirano a disciplinare il comportamento dei dipendenti nei rapporti con i privati, con l'utenza e con la stampa.

L'imparzialità viene assicurata inoltre prevedendo l'obbligo di astensione in presenza di un interesse privato personale in conflitto, criteri più precisi per regolare l'uscita dei funzionari dal mondo pubblico impedendo che questi possano svolgere attività presso un ente privato nei confronti dei quali avevano svolto attività autoritativa o negoziale (*pantouflage*), rigidi codici di condotta dei dipendenti pubblici previsti a livello nazionale e obbligatori per ogni amministrazione la cui inosservanza prevede delle sanzioni disciplinari. Sono state introdotte misure volte a distinguere politica e amministrazione prevedendo rigide ipotesi di incompatibilità e di inconfiribilità in merito all'affidamento di incarichi dirigenziali o di responsabilità in enti pubblici o in controllo pubblico a chi ha riportato condanne penali per alcuni reati anche non passate in giudicato o a chi recentemente ricoperto incarichi di tipo politico o di direzione in enti controllati.

Tra le disposizioni del codice di condotta, assume particolare rilevanza in riferimento alla corruzione l'art. 4, che dopo aver vietato al pubblico dipendente di accettare "per sé o per altri, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore" chiarisce, innovando rispetto al codice previgente, che "per regali o altre utilità di modico valore si intendono quelle di valore non superiore, in via orientativa, a 150 euro, anche sotto forma di sconto"¹². È opportuno osservare che anche i codici degli enti controllati dispongono in tal senso, il divieto di "regalie o forme di ospitalità" tali da compromettere l'integrità delle parti. In alcuni codici viene stabilito che gli "atti di cortesia commerciale, come omaggi o forme di ospitalità, sono consentiti esclusivamente se di modico valore e comunque tali da non compromettere l'integrità o la reputazione di una delle parti e da non poter essere interpretati, da un osservatore imparziale, come finalizzati ad acquisire vantaggi in modo improprio", in altri è stabilito il divieto di qualsiasi forma di regalo a funzionari pubblici italiani ed esteri, revisori, consiglieri della società o delle sue

¹²Con riferimento a tale previsione, l'ANAC, con delibera n. 75 del 24 ottobre 2013, ha chiarito che "i codici devono precisare come verranno utilizzati dall'amministrazione i regali ricevuti al di fuori dei casi consentiti" e "prevedere i criteri per la valutazione dei casi di cumulo di più regali, compensi o utilità con un valore al di sotto dei 150 euro, ferma restando la possibilità di definire un limite inferiore a 150 euro o un divieto di ricezione dei regali o di altre utilità di modico valore o la misura massima del valore economico raggiungibile nell'arco dell'anno".

controllate, sindaci o a loro familiari, “che possa influenzare l’indipendenza di giudizio o indurre ad assicurare un qualsiasi vantaggio”, anche “in quei Paesi dove offrire doni di valore a partner commerciali è consuetudine”.¹³

Nell’ambito della disciplina dei rapporti di lavoro è stata introdotta la misura della rotazione degli incarichi di dirigenti e funzionari nelle pubbliche amministrazioni, volta a impedire, nelle aree di maggiore rischio di corruzione, il consolidamento di relazioni che possano alimentare tali fenomeni, riducendo il rischio che un dipendente occupandosi per un tempo prolungato della stessa attività possa instaurare rapporti potenzialmente idonei ad affermare pratiche scorrette. A vigilare sulla corretta osservanza della misura c’è il Responsabile della Prevenzione della Corruzione, secondo quanto disposto dall’art. 1, comma 10, lett. b) della l.190 del 2012, deve verificare, d’intesa con il dirigente competente, l’effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione”. Al riguardo il d.lgs. 165/2001 già prevedeva una “rotazione straordinaria” nel caso in cui vi fosse accertato un fenomeno di corruzione.

A completare tale architettura vi sono una serie di disposizioni volti a sanzionare il dipendente pubblico nel caso in cui siano accertate violazioni del codice di condotta.

¹⁴Difatti con la Legge “Severino”, tale violazione costituisce un illecito disciplinare. La sanzione è estesa al Responsabile per la prevenzione della corruzione nel caso di commissione di un reato nella sua amministrazione e per la violazione delle misure contenute nel piano di prevenzione, da parte del personale, in caso di accertato omesso impedimento.

Anche la violazione del codice etico è passibile di sanzione, stante il valore contrattuale e l’espressa previsione della rilevanza sanzionatoria della violazione, in

¹³Così, par. II.1 del Codice Etico Eni che precisa che “E’ proibita l’accettazione di denaro da persone o aziende che sono o intendono entrare in rapporti di affari con Eni. Chiunque riceva proposte di omaggi o trattamenti di favore o di ospitalità non configurabili come atti di cortesia commerciale di modico valore, o la richiesta di essi da parte di terzi, dovrà respingerli e informare immediatamente il superiore, o l’organo del quale è parte, e il Garante”.

¹⁴Con riferimento ai codici di comportamento, l’art. 54, comma 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel testo sostituito dalla legge delega, prevede espressamente che “la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all’attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, oltre ad essere “rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile” è “fonte di responsabilità disciplinare”

quanto le disposizioni in esso contenute sono direttamente vincolanti per tutti i destinatari.¹⁵

Un ulteriore misura che si è rivelata utile, che merita una particolare attenzione è sicuramente il whistleblowing, istituto di matrice anglosassone, divenuta obbligatoria sulla scorta di Convenzioni Internazionali

Per whistleblower si intende un soggetto inserito in una compagine amministrativa pubblica, che dall' interno rileva e segnala dei comportamenti tali da evidenziare una *mala administration*, fornendo una segnalazione ai propri superiori, i quali ai fini dell'efficacia della stessa misura debbono essere necessariamente terzi ed imparziali, si tratta dunque dell'ANAC, Corte dei Conti, e autorità giudiziaria. Tale istituto nasce dalla esigenza di assicurare la trasparenza della azione amministrativa, nella speranza di assottigliare il deficit della chiarezza dei procedimenti valutativi e decisionali della pubblica amministrazione favorendo l'emersione di prassi illecite e di fenomeni di asservimento della funzione pubblica all' interesse privato.

La legge 190/2012 all' art.1 comma 51 inserisce nel d.lgs. 165/2001 l' articolo 54-bis, disposizione volta a tutelare il dipendente pubblico che abbia denunciato comportamenti scorretti da possibili ritorsioni o discriminazioni da parte dell' ente di appartenenza¹⁶, in tale ottica il primo comma dell' articolo segnala i casi in cui la stessa tutela è esclusa al whistleblower, ossia i casi in cui si sia reso responsabile dei reati di calunnia, diffamazione e danno ingiusto ai sensi dell' art.2043 c.c., disponendo che il dipendente pubblico non possa essere sanzionato, licenziato, o sottoposto a misure discriminatorie diretta o indiretta, avente effetti sulle proprie condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. Alla luce di tale disposizione è evidente che la stessa legge prende in considerazione solamente l'eventualità che la segnalazione del dipendente pubblico avvenga rendendo nota al destinatario della propria identità. La segnalazione ANAC n.6 del 28 aprile 2015, che fotografa il primo biennio di applicazione, da atto di come le

¹⁵Art. 1.1 Codice Etico cassa depositi e prestiti “l'osservanza delle norme del Codice deve considerarsi parte essenziale delle obbligazioni contrattuali ai sensi e per gli effetti dell'art. 2104 Cod. Civ.”

¹⁶Art. 9 della Convenzione di Strasburgo del 4 novembre 1999. Cfr. altresì l'art. 33 della Convenzione di Merida che invita gli Stati ad adottare “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”

segnalazioni vengano di fatto presentate in forma anonima e pertanto di quanto tali soggetti mostrano un disinteresse rispetto alla fruizione della protezione prevista per il segnalante identificabile. Stante la difficile collocazione sul piano giuridico delle segnalazioni anonime, a seconda se faccia parte dell'utilizzabile o inutilizzabile, il ruolo e la potenzialità del whistleblower viene ad essere potenziata o sterilizzata.

La tutela apprestata al segnalante viene estesa da ultimo dalla l. 30 novembre 2017, n. 179, recante "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", nella speranza di evitare che lo stesso, per timore di ritorsioni ometta di denunciare l' art. 1 comma 3 della legge in esame, rafforza la tutela della riservatezza del segnalante nel procedimento penale, prevedendo che questa sia coperta da segreto nei modi e nei limiti previsti dall' art 329 c. p.p. Allo stesso modo, nel procedimento dinnanzi alla Corte dei Conti l' identità del segnalante non può essere rivelata sino alla fine della fase istruttoria.

Inoltre stabilisce che laddove l'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, in un procedimento disciplinare fondato in tutto o in parte sulla segnalazione, la stessa sarà utilizzabile solo qualora il segnalante dia il proprio consenso alla rivelazione della sua identità. Al di fuori del procedimento disciplinare la identità, la denuncia resta priva di ogni diritto di accesso. la disciplina contenuta all' art. 54 d.lgs. 165/2001 è estesa ai sensi dell'art. a L.179/2017 anche ai dipendenti di enti pubblici economici e agli enti di diritto privato soggetti a controllo pubblico, nonché ai lavoratori e dipendenti delle imprese fornitrici di beni e servizi che realizzano opere in favore delle amministrazioni pubbliche.

L' ANAC potrà condurre istruttore e procedere all' accertamento, con potere analogo a quello del giudice, l'adozione di misure discriminatorie da parte dell'amministrazione e procedere a irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria a colui che abbia adottato una tale misura, nonché è previsto l'obbligo in capo all' amministrazione di provare che le misure discriminatorie o ritorsive adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa.

Nell' estendere la tutela del whistleblower anche agli enti privati, la norma, modifica l'art 6 d.lgs. 231/2001 prevedendo che anche i modelli organizzativi di gestione e controllo siano adeguatamente strutturati nel senso di consentire la segnalazione

circostanziata del compimento di illeciti o violazione dei modelli stessi. Con riferimento a tale istituto le grandi aziende dotate di modelli organizzativi e di codici etici avevano già predisposto al loro interno meccanismi che riconoscono obblighi di segnalazione per i dipendenti, attraverso canali specificatamente individuati, tramite i quali potessero riferire di ogni violazione di qualsiasi natura commissiva o omissiva di cui avessero notizia, liberamente e in forma anonima all' Organismo di Vigilanza. A seguito di una denuncia di corruzione, nei confronti del dipendente possono dunque aprirsi tre vie distinte, il procedimento penale, quello disciplinare e nelle imprese dotate di modello organizzativo, il procedimento di audit interno. Questi procedimenti condividono lo scopo di accertare la fondatezza della segnalazione e la responsabilità del denunciato quale autore della violazione, ovviamente sono diversi i poteri ispettivi della Procura della repubblica, rispetto a quelli dell'audit interno, o del datore di lavoro in sede di procedimento disciplinare. Per questi motivi il legislatore e la contrattazione collettiva sono intervenuti a più riprese nel tentativo di adeguare il rapporto tra tali procedimenti.

Per quanto riguarda i procedimenti penali e disciplinari sono ora disciplinati in maniera espressa dall' art 55-ter d.lgs. 165/2001 introdotto dal d.lgs.150/2009 apportando un'innovazione radicale. La disciplina infatti prevede l'autonomia del procedimento penale rispetto a quello disciplinare, quest' ultimo può essere proseguito e concluso quand' anche abbia ad oggetto in tutto in parte, fatti per i quali si procede in sede penale. Solo per le violazioni più gravi l'ultima parte della disposizione consente all' amministrazione di sospendere il procedimento disciplinare "nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente" e quando "all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione", nonché "la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente. Al comma 2 dell'art. 55 ter si prende in considerazione il caso in cui il procedimento penale abbia un esito diverso rispetto a quello disciplinare, ovvero il caso in cui quest' ultimo si conclude con l'applicazione di una sanzione, e successivamente il procedimento penale è concluso con una sentenza irrevocabile di assoluzione. In questo caso il soggetto che si è visto applicare la sanzione disciplinare può presentare istanza di apertura dello stesso procedimento, e l'amministrazione può procedere a rivalutare il

fatto confermando modificando la decisione, alla luce dell'esito del procedimento penale. Nel caso inverso, qualora il soggetto venga condannato in sede penale, oppure risulta dalla sentenza irrevocabile di condanna che il fatto addebitabile all'imputato sia punibile con il licenziamento in sede disciplinare, mentre è stata applicata una sanzione diversa, e il procedimento disciplinare si concluda con l'archiviazione, viene disposta d'ufficio la riapertura del procedimento disciplinare entro sessanta giorni dalla comunicazione al fine di adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. L'autonomia dei procedimenti è stata riaffermata anche dall'art. 14 d.lgs.75 del 2017 tramite la modifica dell'art. 55 ter, prevede che il giudizio disciplinare può essere sospeso e successivamente riattivato qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi nuovi e sufficienti per concludere il procedimento, incluso un provvedimento giurisdizionale non definitivo. Sotto questo profilo al procedimento in ambito pubblico, risulta in gran parte assimilato quello in ambito privato, anch'esso improntato sulla netta autonomia del procedimento penale da quello disciplinare. Più difficile, in ambito privato, risultano i confini tra il procedimento disciplinare e quello svolto dall'audit interno, in assenza di una normativa specifica, la disciplina si rinviene nei codici etici, codici anticorruzione e nei modelli organizzativi adottati ai sensi del d.lgs. 231/2001. L'Organismo di Vigilanza a seguito di segnalazione interviene affidando all'audit compiti di indagine, analisi e controllo, si tratta di una verifica preliminare volta a classificare le segnalazioni ricevute al fine di valutarne la sussistenza dei requisiti necessari per procedere alla successiva fase di accertamento.

Nel caso di segnalazione fondata, l'*internal audit* inoltra le risultanze delle verifiche alle competenti risorse umane per l'instaurazione del relativo procedimento disciplinare.

L'accertamento di fondatezza cui procede l'audit può richiedere anche molto tempo, mentre il procedimento disciplinare di regola deve soddisfare i requisiti di immediatezza, generandosi così un contrasto in quando l'ufficio Risorse Umane potrebbe avere la notizia, molto tempo dopo l'avvenuta violazione. A dirimere tale punto controverso è necessario intendere il requisito dell'immediatezza in riferimento al momento in cui l'ufficio competente alla promozione del procedimento disciplinare ha notizia della rilevanza del fatto. Secondo il punto di

vista del lavoratore, questo potrebbe lamentare la lesione delle proprie garanzie, vedendosi contestare un fatto a molto tempo di distanza dal suo compimento.

In ogni caso, a seguito della fondatezza della denuncia di una violazione del Codice Etico o del modello organizzativo e di gestione, all' esito del procedimento disciplinare viene irrogata una sanzione disciplinare. Al riguardo alcuni codici etici dispongono oltre alla sanzione in caso di inosservanza delle disposizioni contenute, anche una serie di criteri volti ad individuare il tipo e l' entità della sanzione, come l' 'intensità della violazione, il grado di negligenza, imprudenza o imperizia, intenzionalità della commissione, la rilevanza degli obblighi violati, le responsabilità connesse alla posizione gerarchica del soggetto all' interno dell' ente, la rilevanza del danno o del grado di pericolo apportato alla società, ai clienti o a terzi, l' eventuale concorso di più dipendenti in accordo tra di loro.¹⁷

A tutela di questo complesso e strutturato sistema di prevenzione c'è l' ANAC¹⁸ , la cui istituzione è obbligatoria secondo la convenzione di Meridia, si tratta di un' autorità indipendente i cui membri vengono eletti tra soggetti con adeguate e riconosciute competenze che non abbiano nel triennio precedente svolto funzioni politiche, opera in sinergia con la pubblica amministrazione con funzioni di vigilanza alle quali si accompagnano penetranti poteri ispettivi e regolatori (soft law) ed in alcuni casi può anche irrogare sanzioni di fronte alle riscontrate inosservanze. Dal 2014 all' autorità anticorruzione è demandato anche il controllo sugli appalti pubblici e le funzioni della stessa in materia sono state regolate dal Codice dei contratti pubblici in vigore dal 2016, il quale riconosce all' autorità il potere di impugnare di fronte all' autorità giudiziaria bandi e contratti pubblici, ritenuti in contrasto con la normativa sopracitata.

Il piano preventivo apprestato dalla Legge “Severino” ha riscosso un discreto successo, il sistema di prevenzione al cui vertice c'è l'ANAC non sembra interferire con l' autorità giudiziaria con la quale collabora sinergicamente tramite uno scambio continuo di informazioni. Il pubblico ministero, ad oggi, è tenuto a trasmettere al presidente dell' ANAC notizia sull' esercizio dell' azione penale per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis,

¹⁷MARTONE M. “*La repressione della corruzione e tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017 n. 179.*” in argomenti di diritto del lavoro, 1/2019

¹⁸ CANTONE R. “*Il contrasto alla corruzione, il modello italiano*” Cit ,pag.18

353 e 353-bis c.p. allo stesso tempo i giudici amministrativi dovranno a norma dell' art. 1 della l. 190/2012, dovranno nelle controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lett. e) dell'art. 133 del codice della giustizia amministrativa, trasmettere all' ANAC ogni informazione o notizia rilevante emersa nel giudizio che anche in caso di sommaria valutazione ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole di trasparenza. Infine le funzioni dell'ANAC sono estese anche ai contratti pubblici cui non si applica il codice relativo a lavori, forniture e servizi pubblici.

Sul versante della repressione sono molte le innovazioni introdotte dalla norma, occorre partire dall' evoluzione del fenomeno corruttivo nel nostro paese per valutare le varie innovazioni normative e il loro grado di incisività sul problema e osservarne i vari punti di criticità sulle quale si sono innestate nuove esigenze di riforma che hanno portato il legislatore italiano a intervenire con nuove leggi anticorruzione.

La corruzione ha subito una trasformazione sul piano qualitativo e quantitativo è passato da una dimensione burocratico- pulviscolare a carattere episodico che coinvolge burocrati a un livello non apicale avente ad oggetto un atto ben determinato, a una dimensione politico- amministrativa sistemica¹⁹, la quale presenta una struttura più complessa e articolata che coinvolge vari livelli delle pubbliche istituzioni.

Il fenomeno sistemico della corruzione involge la forma del patto corruttivo sotto diversi aspetti: perde il carattere necessariamente duale si inseriscono più soggetti che fungono da intermediari, tra corrotto e corruttore diventando in questo modo un fenomeno plurisoggettivo organizzato ancorché non necessariamente in forma associativa. Il patto corruttivo risulta mutato anche nel contenuto, la prestazione del corrotto non ha più ad oggetto necessariamente un atto dell' ufficio del pubblico agente ma può avere ad oggetto l' esercizio di un "influenza" sul pubblico agente competente ad emanare l' atto, facendo sì che il corrotto non sia direttamente un soggetto a cui è riconosciuto il potere di emanare l' atto per conto della branca della P.A. Alla quale appartiene, ma questo ben può essere in forza della posizione rivestita all'interno della pubblica amministrazione oppure trattandosi di un soggetto

¹⁹Così CINGARI F. *“Repressione e prevenzione della corruzione pubblica”*, Cit. pag.19
Nello stesso senso VANNUCCI A. *“Come cambia la corruzione in Italia: pulviscolare, sistemica, organizzata.”*, in CICONTE, FORGIONE, SALES *“Atlante delle mafie”* Soveria Mannelli ,2017, pg.43-66.

estraneo alla P.A. Per proprie relazioni personali, in grado di esercitare una certa influenza su un terzo soggetto chiamato a compiere quell' atto.

Da qui l'introduzione del nuovo art. 346-bis c.p. "Traffico di influenze illecite" che si accompagna all' art 346 c.p. "Millantato credito" cerca di colmarne le lacune, ma si tratta di una fattispecie certamente non priva di ambiguità strutturali. L' inserimento della norma persegue lo scopo di punire condotte prodromiche al vero e proprio accordo corruttivo tra agente pubblico e privato anticipando la sanzione penale.

La peculiarità del fenomeno corruttivo ha portato la giurisprudenza a dover adattare sul piano interpretativo la normativa per rispondere a esigenze di tutela sempre più urgenti.

Per questo motivo l'atto dell'ufficio è stato interessato da un ampio processo di volatilizzazione: l'atto dell'ufficio non è più considerato un requisito necessario al fine della configurazione del reato di cui all' art. 318 c.p. con la conseguenza che il reato si intende configurato anche qualora non fosse rinvenibile sul piano probatorio l'esistenza di un atto determinato o determinabile al momento in cui è intervenuto il *pactum sceleris*²⁰, ma anche quando si sia impegnato a mettere a disposizione dell'interesse privato la sua funzione e quindi a compiere in futuro atti a suo vantaggio. La operatività della corruzione sembra notevolmente ampliata, la tangente non ha più lo scopo di comprare un atto, ma quello di assicurarsi futuri ed eventuali favori²¹. La smaterializzazione del concetto di atto come requisito della fattispecie mette in discussione la storica distinzione tra corruzione propria o impropria in base alla conformità o meno dell'atto oggetto del patto all'ordinamento, nonché alla distinzione sul piano cronologico della corruzione antecedente o susseguente a seconda che questo sia compiuto prima o dopo del patto. Da un punto di vista contenutistico sostanziale il tipo atto distingue le fattispecie di corruzione anche in base a un diverso disvalore del fatto corruttivo, per questa ragione la svincolatività dall'atto sancita dalla L. 190/2012 ha generato una seria contraddizione in riferimento alle ipotesi di asservimento della funzione pubblica all' interesse privato, condotta che prima dell' entrata in vigore della norma venivano ricomprese nell' art. 319 c.p. ossia nella forma più grave di corruzione riconoscendo alla stessa condotta data la

²⁰ CINGARI F., Cit.

²¹In tal senso GAMBARDELLA M. "Dall' atto alla funzione pubblica la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria" in archivio penale, gennaio- aprile 2013 fascicolo 1.

sua sistematicità un disvalore maggiore rispetto alla fattispecie ex art 318 c.p. con l'entrata in vigore della nuova normativa, tale ipotesi è invece da ricondurre alla più mite figura della corruzione funzionale ex art.318 c.p. A seguire tale orientamento ci si troverebbe di fronte a una situazione in cui un pubblico agente che abbia a fronte di denaro o altra utilità (venduto) compiuto un solo atto contrario al proprio ufficio verrebbe punito più severamente ex art. 319 c.p. rispetto a un pubblico funzionario che abbia messo la sua intera funzione e i suoi poteri al servizio di un interesse pubblico per un tempo prolungato con contegni di infedeltà sistematici e in relazione ad atti contrari alla funzione non predefiniti o non specificatamente determinati (altrimenti tali condotte confluirebbero nella più grave corruzione per atto contrario ex 319c.p.) , punito con una pena decisamente più mite ex 318 c .p., decisamente contrario al principio di offensività, ragionevolezza e di proporzionalità della pena²². Sul piano pratico questa incongruenza non ha tuttavia causato tensioni né al momento un rinvio alla cassazione penale.

La nuova normativa interviene poi sull' art. 317 c.p., unitaria fattispecie che prevedeva accanto alla costrizione anche l'induzione, in chiave alternativa e caratterizzata dal medesimo disvalore tanto che veniva considerata dalla giurisprudenza un'endiadi. La nuova formulazione ha comportato il trasferimento dell' induzione in una nuova fattispecie autonoma all' art.319-quater, mentre all' art. 317c.p.“concussione” si prevede la sola condotta della costrizione, nella quale soggetto attivo è solo il pubblico ufficiale, in quanto unico soggetto dotato di potere autoritativo, mentre nell'induzione indebita la qualità di soggetto attivo è riconosciuta anche all' incaricato di pubblico servizio e la punibilità viene estesa anche al privato seppur in maniera più tenue a segnare un' importante differenza tra le due fattispecie: nella concussione, reato pluri-offensivo, il privato è vittima della sopraffazione del pubblico ufficiale, nell'induzione indebita questo è persuaso dal pubblico agente alla

²² GAMBARDELLA M., *“Il grande assente nella legge “spazzacorrotti:”il microsistema delle fattispecie di corruzione”* in riv. Cassazione penale n. 1/2019, pag.66.

così anche in GAMBARDELLA M. *“Dall’ atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione impropria”* in archivio penale gennaio- aprile 2013 fasc. 1. *“Ciò che lascia perplessi è l’ aver reputato in sede di riforma che la corruzione per l’ esercizio della funzione sia oggettivamente meno grave della corruzione propria, soltanto perché non si fa riferimento a un determinato atto illegittimo d’ ufficio quale oggetto del pactum sceleris; con la previsione dunque di un trattamento sanzionatorio più mite per la novellata corruzione ex art.318 c.p..”*

dazione o promessa di denaro o altra utilità non al fine di evitare un male ingiusto ma al fine di perseguire un vantaggio indebito.

La distinzione tra le due fattispecie tuttavia non è del tutto chiara, ma la giurisprudenza si è a lungo interrogata sul confine tra le fattispecie ex 317c.p./319 quater c.p., tra l'induzione indebita e la corruzione e tra l'istigazione alla corruzione e l'induzione indebita, questione sulla quale è intervenuta la Cassazione nella sentenza Sez. Unite Maldera²³. La creazione di queste fattispecie limitrofe ha dato vita a istanze di razionalizzazione del sistema, già contenute nella “proposta di Cernobbio” che auspicava la creazione di una macro fattispecie di corruzione funzionale a un inasprimento punitivo, agevolare l'accertamento probatorio e le investigazioni. Ad oggi si ritiene ancora necessario un intervento volto a semplificare, donando maggiore chiarezza al sistema, accorpendo le varie ipotesi di corruzione e distanziando quelle che tra loro presentano una rilevante disomogeneità sul piano dell'offensività²⁴.

Un'altra novità della L.190/2012 riguarda l'art. 2635c.c. “Corruzione tra privati”, il nuovo art. 2635 cod. civ. “Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, richiede che colui che riceve denaro o altra utilità effettivamente compia o ometta atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà; richiede, inoltre, che a quegli atti o a quella omissione segua un documento per la società. Un rilevante elemento di novità riguarda invece i soggetti attivi del reato, la cui gamma include ora i sottoposti alla direzione o alla vigilanza di soggetti apicali (amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili, sindaci e liquidatori) (art. 2635 comma 2 cod. civ.): tale ampliamento che coinvolge lavoratori subordinati, lavoratori parasubordinati e inoltre, parrebbe, “chiunque svolga per conto della società un'attività comunque sottoposta, per legge o per contratto, al potere di vigilanza dei suoi vertici si accompagna peraltro alla previsione di una pena edittale irrisoria (reclusione fino a un anno e sei mesi). Si aggiunga che tuttora, di regola, si procede a querela della persona offesa, e cioè a querela della società che ha subito il danno (art. 2635 comma 5 cod. civ.): una scelta che rappresenta un ulteriore ostacolo all'applicazione della norma, la procedibilità d'

²³Cassazione Penale, Sez. VI, 23 maggio 2014 (ud. 7 maggio 2014), n. 21026

²⁴GAMBARDELLA M. *Cit.*, pag.62.

ufficio è prevista solo in casi marginali in cui “dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi “.

La fattispecie appare del tutto inadeguata ad assicurare tutela agli interessi interni ed esterni alle imprese private.

Infine, la normativa è intervenuta ad innalzare il quadro sanzionatorio delle fattispecie di corruzione in atti giudiziari, abuso di ufficio, ha innalzato il limite edittale della concussione e del peculato.

Complessivamente considerata alla l.190/2012 può esserle riconosciuto il merito di aver incentrato in parte i suoi obiettivi, ma in parte li ha mancati.²⁵

In particolare possono rilevarsi tre punti di criticità del sistema repressivo, rispetto alle quali le riforme non hanno dato risoluzione:

1) Gli interventi legislativi non hanno rivelato la loro idoneità ad accorciare le distanze tra le strutture delle fattispecie incriminatrici e la dimensione empirico-criminologica della moderna corruzione sistemica. Il modello appare calibrato su una fenomenologia di corruttela occasionale e non sistemica, ciò se da un lato pregiudica l'effettività delle norme incriminatrici dall' altro ha dato vita a un processo di integrazione interpretativa.

2)Le modifiche apprestate al sistema sanzionatorio non sono in grado di potenziare il livello di effettività della pena minacciata, continua ad essere rilevante la differenza tra la pena astrattamente prevista e quella in concreto irrogata al termine del processo, talvolta rimane ineseguita per il sopraggiungere della prescrizione, ciò in quanto la legge ex Cirielli del 2005 rende particolarmente inefficace la reazione dell'ordinamento rispetto a talune fattispecie criminose. Sarebbe stato opportuno intervenire in tal senso, restituendo in tal modo efficacia preventivo- generale alle norme contenute nel II libro del c.p., efficacia oggi parzialmente frustrata dalla prospettiva di una troppo agevole prescrizione

3)Gli interventi di riforma non si sono mossi nella direzione di individuare strumenti sostanziali e procedurali volti a favorire l'emersione dei fatti corruttivi. Punto fondamentale di criticità è senz' altro la difficoltà dell'emersione dei fatti corruttivi

²⁵CINGARI F. “*La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*” rivista trimestrale 1/2012, in diritto penale contemporaneo, pag.79 ss.

Nello stesso senso GROSSO C. F.,” *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*” in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), “*La legge anticorruzione. Prevenzione e Repressione della corruzione*”, Torino,2013, pag.10 ss.

dato il carattere sinallagmatico del patto corruttivo, ma anche dalla perdita della dualità e dalla liquefazione della prestazione corruttiva, che la rende difficilmente accertabile.

Per colmare il deficit di effettività il legislatore avrebbe dovuto intervenire sulle norme che seppure indirettamente incidono sull'emersione di reati di corruzione di grandi dimensioni: in particolare i reati societari e reati tributari.

Per quanto riguarda i primi non è in dubbio che il d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 abbia indebolito l'azione repressiva dato che oltre alla riduzione delle pene e alla procedibilità a querela del delitto di false comunicazioni sociali in danno alla società, soci e creditori, sono state introdotte delle soglie di punibilità che di fatto hanno liberalizzato la costituzione di "fondi neri" entro determinate soglie quantitative, anche la norma relativa al delitto di falso in bilancio avrebbe necessitato di un adeguamento, in quanto si tratta di un delitto cardine necessario all'utilizzo di fondi neri per corrompere.

Per i reati tributari, il d.lgs. 74/2000 non ha rafforzato l'azione di contrasto agli illeciti tributari, che in relazione alla corruzione questi appaiono funzionali per la provvista e l'occultamento della tangente. Se da un lato è stata inasprita la pena del reato di false fatturazioni per operazioni inesistenti, dall'altro ne è resa meno agevole la perseguibilità dato che risulta subordinata al riverberarsi sulla dichiarazione dei redditi²⁶.

1.1. Il modello di prevenzione ex d.lgs.8 giugno 2001 n- 231 e il Piano di Prevenzione della corruzione

Fonte di ispirazione della predisposizione di misure preventive volte a contrastare la perpetuazione di fenomeni corruttivi all'interno degli Enti pubblici, è stato sicuramente il modello organizzativo introdotto con d.lgs. 231/2001, sulla spinta di sollecitazioni provenienti a livello sovranazionale. Nonostante il legislatore abbia identificato da un punto di vista letterale la responsabilità dell'ente come amministrativa si deve in realtà attribuire alla stessa, sulla scorta del dettato

²⁶ FLICK G.M. *"Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione"* in Diritto penale contemporaneo, 6 luglio 2014 Pg.3.

Costituzionale all'art 27, natura di responsabilità sostanzialmente penale, in quanto accertata da un giudice penale in un processo penale, imperniata sui profili garantistici del diritto penale. La responsabilità dell'ente, accertata in via autonoma rispetto alla responsabilità dell'autore persona fisica del reato presupposto, comporta la applicazione di sanzioni interdittive e pecuniarie.

I due sistemi, evidenziano tra loro analogie e differenze. Dal lato delle analogie, la prima può essere individuata nel meccanismo di attribuzione ed esenzione della responsabilità impostati entrambi su una visione preventiva. Fino all'entrata in vigore della L.190/2012 sfuggivano da tale applicazione gli enti pubblici non economici, espressamente esclusi dal tenore dell'art.1 ex d.lgs. 231/2001 oggi, anche tali persone giuridiche possono essere responsabili per un fatto di corruzione laddove commesso nel proprio interesse o vantaggio, accertato con sentenza passata in giudicato, responsabilità per la quale risponderà il Responsabile anticorruzione, a vario titolo, salvo che analogamente a quanto previsto ex d.lgs.231/2001 non dimostri di aver predisposto un Piano triennale anticorruzione efficace ed aver vigilato sulla corretta osservanza dello stesso. In secondo luogo in entrambi i sistemi, viene in rilievo la responsabilità per colpa di organizzazione quale elemento soggettivo ai fini dell'imputazione dell'illecito. Una terza analogia consiste nella predisposizione di modelli ai fini della prevenzione del rischio reato, e come condizione scriminante.

Dal lato delle differenze, è possibile evidenziarne molteplici, la prima riguarda la predisposizione all'interno del sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 di un catalogo di reati presupposto, nel campo del piano anticorruzione, la sfera dei reati rilevanti sembra più limitata, anche se dalla generica indicazione offerta dal legislatore "commissione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato" non pare agevole ricostruire i limiti della portata dei reati di corruzione, secondo l'opinione prevalente andrebbe adottata la concezione ampia di corruzione in accordo con la Convenzione ONU di Meridia, dei cui principi la L.190/2012 costituisce attuazione, per altri il concetto deve riferirsi esclusivamente ai reati espressi nel testo normativo. Il Ministero della Pubblica Amministrazione con la circolare del Dipartimento della funzione pubblica del 25 gennaio 2013 si riferisce invece all'intera gamma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione contenuti nel Titolo II Capo II del codice penale. Ulteriore differenza si rinviene nel carattere

definito della sentenza che accerta la commissione del reato di corruzione richiesto ai fini dell'imputazione della responsabilità del Responsabile anticorruzione, non richiesta invece ai fini dell'imputazione dell'illecito amministrativo in capo alla persona giuridica ai sensi del d.lgs.231/2001 essendo assolutamente autonomo l'esito del procedimento in capo alla persona fisica autore del reato presupposto, ma allo stesso tempo si tratta di un accertamento processuale per lo più contestuale. Nel caso dell'anticorruzione invece il giudizio è necessariamente successivo, dovendosi accertare in prima battuta con sentenza definitiva la commissione del reato di corruzione, ed un eventuale venir meno del processo si riflette sulle sorti della responsabilità dell'ente. Un terzo elemento di differenziazione riguarda i soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente: soggetti apicali o soggetti sottoposti all'altrui potere di vigilanza e controllo nel caso della responsabilità ex d.lgs.231/2001, mentre nel sistema dell'anticorruzione la normativa con la locuzione "commissione all'interno dell'amministrazione" riconosce la qualità di soggetto attivo a qualsiasi appartenente all'amministrazione. Nel sistema delineato dal d.lgs.231/2001 la responsabilità della persona giuridica si rinviene nel vantaggio o nell'interesse dello stesso alla commissione del reato presupposto, nel sistema dell'anticorruzione tali presupposti non esistono, non sono elementi costitutivi della responsabilità del RPC, secondo il piano di prevenzione previsto dalla l.190/2012 l'autore del reato non agisce nell'interesse e vantaggio dell'ente pubblico ma nel proprio, ed estremizzando l'ente pubblico ne è vittima. Infine ad essere sanzionato non è l'ente, ma è il Responsabile per la prevenzione della corruzione, sanzione che non viene applicata come nel sistema della 231 dal giudice penale, ma dalla autorità amministrativa per le sanzioni disciplinari e la responsabilità dirigenziale, la Corte dei Conti per il danno erariale. Nel sistema 231 le sanzioni principali applicabili sono l'interdizione e la pena pecuniaria; in ipotesi di condanna è sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato. Si tratta di misure sanzionatorie del tutto incompatibili con la natura di Ente pubblico destinatario della normativa anticorruzione, difatti prevede solamente ad irrogare delle sanzioni disciplinari o dirigenziali, basate sulla ripetitività dell'inosservanza delle disposizioni contenute nel piano anticorruzione, o sulla inadeguatezza della formazione dei dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti a episodi di corruzione.

Pur nella consapevolezza delle differenze fino ad ora esposte, è apparso doveroso applicare in modo congiunto alle società controllate e partecipate dal Ministero, il piano anticorruzione e il modello ex d.lgs. 231/2001. L' art.1 d.lgs. 231/2001 sancisce l'applicabilità dello stesso "allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale" e confermato ulteriormente dalla Corte di Cassazione.²⁷ Difatti si tratta di enti che seppure assumono forma societaria privatistica, sono comunque deputati al perseguimento di finalità di pubblico interesse e preposti ad attività a connotazione pubblicistica.²⁸ Chiarita la ritenuta applicabilità del modello 231 alle società in controllo pubblico, rimane da stabilire in che misura si applica la normativa prevista dalla L.190/2012. Secondo alcuni vi è l'insussistenza dell'obbligo di predisporre un piano anticorruzione e di procedere alla nomina del RPC, prendendo come riferimento a tal fine il comma 34 dell'unico articolo della stessa norma, che dispone che alle società partecipate si occupano i commi da 15 a 33, ovvero le disposizioni in tema di trasparenza contenute dalla L.190/2012, ciò a contrario consentirebbe di dedurre che le altre norme contenute nei commi da 1 a 14 non sarebbero applicabili. Questa tesi non appare condivisibile. Il piano anticorruzione approvato nel 2013 ha ipotizzato un'integrazione fra modello ex d.lgs. 231/2001 e gli adempimenti contemplati dalla L. 190/2012, mediante un'estensione del catalogo dei reati contenuto nel modello privatistico e l'eventuale attribuzione di funzioni delle funzioni del RPC all' Organismo di Vigilanza. Neppure tale tesi sembra soddisfacente, pur muovendo dall'apprezzabile presupposto di non sottrarre

²⁷ Cass. Sez. 2, Sentenza n. 234 del 26/10/2010 Cc. (dep. 10/01/2011) Rv. 248795 Le società per azioni costituite per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti, trasferite alle stesse da un ente pubblico territoriale (cosiddette società d'ambito), sono soggette alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti." E Cass. Sez. 2, Sentenza n. 28699 del 09/07/2010 Cc. (dep. 21/07/2010) Rv. 247669 Gli enti pubblici che svolgono attività economica e le società commerciali a capitale "misto" pubblico e privato, che svolgono servizi pubblici rispondono dei reati commessi nel loro interesse o vantaggio ai sensi delle disposizioni del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

²⁸ Di tale avviso anche CATTADORI M. "*L'adozione del modello da facoltà a obbligo*", in diritto penale contemporaneo, 2010 "Tuttavia, sembra ormai che il fondamento della policy aziendale su principi di legalità preventiva, da facoltà o opportunità stia diventando un'esigenza. A confermare l'assunto si pone la recente emanazione del decreto n. 588/2010 della Regione Lombardia, ove viene richiesto l'adeguamento al "modello 231" quale condicio sine qua non per gli enti che svolgono servizi formativi e che vogliono addivenire alla contrattazione con la regione medesima. Il provvedimento normativo si armonizza ed allinea con la politica legislativa della Regione Calabria, la quale, per prima e già a far data dal 2008 ha imposto alle imprese operanti in regime di convenzione con la medesima di adeguarsi alle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231"

agli enti strutturati in forma societaria in controllo pubblico di sottrarre all'applicazione dei principi enunciati dal Legislatore del 2012 in tema di anticorruzione. In primo luogo, anche se vi è la possibilità di integrare il catalogo dei reati ex d.lgs. 231/2001, per ampliare lo spettro del meccanismo di prevenzione è altrettanto certo che tale estensione non potrà comportare sul piano sanzionatorio nei confronti della società in caso di omissione della predisposizione di misure anticorruzione relative ai reati non contemplati all'art.25 d.lgs. 231/2001 pena la violazione del principio di legalità. Pertanto risulta necessario prendere in considerazione il comma 60 dell'art.1 L.190/2012, posto che la norma individua tra gli obblighi previsti dalla predetta legge anche i soggetti di diritto privato sottoposti a controllo dalle Amministrazioni pubbliche. Adottando un'interpretazione costituzionalmente orientata se ne deve dedurre l'applicabilità anche alle società nazionali controllate dalle amministrazioni centrali, nei termini definiti in precedenza, atteso che le stesse a fronte del penetrante potere di controllo esercitato dal Ministero, o da altra pubblica amministrazione, sono esposte ai medesimi rischi che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione in relazione alle pubbliche amministrazioni. Le disposizioni contemplate dalla L.190/2012 devono trovare applicazione per le società controllate da tutte le pubbliche amministrazioni a livello centrale, anche nei casi in cui le stesse abbiano già adottato il modello 231/2001. Ciò si evince anche dal fatto che il piano di applicazione dei due interventi normativi non coincide: mentre le norme contenute nel d.lgs. 231/2001 sono finalizzate alla prevenzione dei reati commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente, la legge 190/2012 persegue la finalità di prevenire condotte volte a procurare vantaggi indebiti al privato corruttore in danno dell'ente. Ne consegue che le società controllate che abbiano già predisposto un modello ex 231/2001 devono procedere all'attuazione delle norme che mirano alla prevenzione di fenomeni di corruzione e illegalità.

1.2. Il Responsabile della prevenzione della corruzione nelle società controllate

L'organo di governo della società, Consiglio di amministrazione o altro organo con funzioni equivalenti) dovrà pertanto provvedere come nelle Pubbliche

Amministrazioni alla nomina del responsabile della prevenzione della corruzione, il quale dovrà elaborare le misure integrative del modello 231/2001 e sottoporle ad approvazione di tale organo. Al fine di garantire che il sistema di prevenzione non si traduca in un mero adempimento formale e che sia piuttosto calibrato sulle specificità dell'ente di riferimento il RPC dovrà coincidere con uno dei dirigenti della società, non potendo la sua funzione essere demandata a un soggetto esterno come l'Organismo di Vigilanza o altro organo di controllo a ciò specificatamente deputato né potrà esservi coincidenza con tale organo. Gli organi di governo della società dovranno provvedere alla nomina del RPC, il quale dovrà essere un soggetto dirigente in servizio presso la società con l'atto di nomina e il conferimento dell'incarico, dovranno attribuirgli poteri e funzioni idonei e congrui allo svolgimento del ruolo, quale previsto dalla L.190/2012 in autonomia e con effettività, laddove sia necessario l'organo di governo dovrà procedere alla modifica dello statuto e del regolamento. Al responsabile dovranno essere riconosciuti dunque, poteri di vigilanza sull'attuazione effettiva delle misure e di proposta, delle integrazioni e modifiche ritenute opportune. Nelle sole ipotesi in cui la società sia priva di dirigenti, o ve ne siano in numero così ristretto da poter svolgere esclusivamente compiti gestionali nelle aree a rischio corruzione, il Responsabile sarà individuato tra un funzionario che dia adeguata garanzia del possesso di idonee competenze. In questo caso il Consiglio di amministrazione, o in sua mancanza l'amministratore, sono tenuti a esercitare una vigilanza stringente e periodica sulle attività del funzionario. Solamente in casi eccezionali il Responsabile potrà coincidere con l'amministratore, purché privo di deleghe gestionali. In considerazione della connessione tra il sistema delineato ex 231/2001 e il piano anticorruzione, le funzioni di RPC dovranno essere svolte in costante coordinamento con l'Organismo di Vigilanza, nominato secondo la procedura prevista dal d.lgs. 231/2001. Dall'espletamento dell'incarico non derivare nessun compenso aggiuntivo, fatto salvo, laddove sia configurabile la possibilità di retribuzioni di risultato legate al conseguimento di precisi obiettivi predeterminati in sede di predisposizione del piano anticorruzione. Quanto alle disposizioni ex art.1 commi da 12 a 14, in caso di inosservanza, verifica di reati di corruzione o reiterate violazioni del piano, la responsabilità del RPC sarà prettamente disciplinare. In

relazione agli organi di amministrazione invece, in caso di reato, ferme restando le responsabilità previste ex.231/2001, l'azionista pubblico muoverà eventualmente l'azione ex. 2392c.c. per gli eventuali danni cagionati alla società, l'azionista pubblico promuoverà l'inserimento negli statuti societari di meccanismi sanzionatori nei confronti degli amministratori che non abbiano osservato i doveri di vigilanza e più in generale gli obblighi derivanti dal piano anticorruzione. Le amministrazioni controllanti dovranno infine prevedere nei loro piani di prevenzione, misure volte a vigilare sull'effettiva adozione del piano e sulla nomina del RPC da parte delle società controllate.²⁹

1.3. Dalla Legge “Severino” alla novella L. 69/2015: una lotta alla corruzione ad ampie vedute

A soli tre anni dall'entrata in vigore della Legge “Severino” il legislatore è di nuovo intervenuto con la legge 27 maggio 2015, n. 69, contenente “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”, un nuovo approdo normativo che da un lato è volto al consolidamento delle misure già poste in essere, dall'altro introduce delle novità nel quadro normativo. La norma interviene sulla disciplina penale della corruzione pubblica e delle fattispecie contigue³⁰, con l'intento di rafforzare l'apparato repressivo, avvertite come sempre più dilaganti e corrosive del tessuto economico e politico- democratico, soprattutto a seguito degli spiacevoli episodi giudiziari (EXPO, MOSE, Mafia Capitale)³¹. Sulla scia dell'ondata emergenziale, che ripropone al centro del dibattito pubblico nuovamente la corruzione, la novella introduce aggravamenti sanzionatori, reintroduce nella fattispecie di concussione

²⁹ In tal senso BIANCHI A. “*Il perimetro delle Pubbliche amministrazione e la politica anticorruzione*” Scuola Superiore della Magistratura, in occasione del corso “*Strategie di contrasto alla corruzione*” del 28 aprile 2015.

³⁰ Sul punto GUERRINI T. “*Diritto penale e enti collettivi l'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*”, Torino, 2018, pag.194. “Si tratta di una legge che trascende il piano meramente normativo e assume un significato particolare come canone ermeneutico delle ragioni profonde che muovono la politica criminale del legislatore contemporaneo, ponendo sullo stesso piano criminalità dei colletti bianchi e criminalità organizzata”.

³¹ Così MONGILLO V. “*Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla Legge 69/2015*”, in diritto penale contemporaneo, 2015, pag.3 ss.

l'incaricato di pubblico servizio dal lato dei soggetti attivi, e una inedita forma di incentivo alla collaborazione *post factum*, nonché una serie di disposizioni volta all'acquisizione delle utilità indebitamente percepite dai pubblici agenti.

Entrando nel dettaglio delle innovazioni sopra elencate, si segnala il cambio di rotta apportato dalla L.69/2015 rispetto alla L.190/2012, la Legge "Severino" aveva estromesso i soggetti di cui all' art.358 c.p., in modo da ripristinare il disposto originario del Codice Rocco, emendato sul punto dalla L. 86/90, sull' assunto che solamente i pubblici Ufficiali potessero in virtù della posizione rivestita all' interno dell' ente pubblico di appartenenza commettere il reato di concussione infliggendo nell' interlocutore privato il cd. *Metus publicae potestatis*, tipico del delitto ex art.317 c.p. Le ragioni che spinsero il legislatore del 90' tuttavia non sembrano ormai obsolete nel contesto storico giuridico odierno, bensì acuite dalla dilatazione della fattispecie in esame, anche a seguito del processo di privatizzazione degli enti pubblici economici e liberalizzazione dei servizi pubblici, e da ultimo anche la progressiva attrazione delle società in controllo pubblico nel perimetro delle politiche di prevenzione amministrativa della corruzione.

Tuttavia non appare plausibile ritenere in stretta correlazione necessaria il *metus* con l'accentramento in capo al soggetto attivo di poteri coercitivi.

Nel tentativo di rafforzare l'intervento Statale nella lotta alla corruzione di fronte a una rinnovata emergenza penale, il legislatore ha fatto ricorso ha un intenso inasprimento del quadro sanzionatorio, ritenendo che in tal modo potesse beneficiarne la sicurezza pubblica, intendendo la pena come massimo strumento volto a garantire la deterrenza³². Gli aumenti di pena riguardano i principali delitti

³² Sull'inasprimento sanzionatorio funzionale a una maggiore perseguibilità processuale, in vista di un allungamento dei termini prescrizionali, DOMENICONI G. "Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla l. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" Diritto penale contemporaneo, 21 gennaio 2016, pag.11 " lo studio ha analizzato un dato – che incide direttamente sul tema della prescrizione – ossia quello della durata del processo penale, misurato attraverso "il numero di anni che intercorre tra il tempo in cui il reato è stato commesso e l'anno del passaggio in giudicato della sentenza". Il risultato è davvero sconcertante: "questo dato risulta in media più elevato per i reati di concussione che per quelli di corruzione ma per entrambi è diminuito considerevolmente tra il 2007 e il 2011 di circa tre anni passando da 7,80 a 4,42 per la concussione, e di circa un anno (da 4,87 a 3,72) per corruzione "I tempi medi dei processi per concussione nel periodo di analisi erano quindi di anni 4,42, e quelli dei processi per le diverse forme di corruzione erano di 3,72 anni, un dato che non ha bisogno di commento e che dimostra come non esistesse alcuna esigenza di innalzare il livello dei massimi edittali dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, per evitare la prescrizione dei procedimenti ad essi afferenti."

contro la pubblica amministrazione³³, le fattispecie di false comunicazioni sociali e il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso. Anche le pene accessorie dei delitti contro la P.A. sono considerevolmente innalzate, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione raggiunge la durata di cinque anni nel massimo, la condanna minima per il licenziamento del dipendente pubblico scende a due anni di reclusione. Infine la sospensione dall'esercizio di una professione o un'arte passa a tre mesi nel minimo e tre anni nel massimo. Con l'innalzamento dei massimi edittali il legislatore si è garantito sotto il punto di vista dell'istituto della prescrizione, che a seguito della legge 251/2005, sono ragguagliati proprio in riferimento del massimo edittale e costituisce proprio una delle cause di ineffettività dei reati di corruzione. L'aumento del termine di prescrizione, dato dall'aumento dei massimi edittali non potrà essere applicato in via retroattiva, costituendo un trattamento peggiorativo per l'imputato.

La legge 190/2012 come già visto, ha enucleato dalla concussione, la fattispecie autonoma dell'induzione indebita ex art. 319 quater, così come previsto nel codice Zanardelli del 1889 che distingueva la concussione per costrizione da quella per induzione. La novità consiste dunque nella previsione della punibilità del privato indotto, essendo esclusa nel codice Zanardelli e più in generale nei codici pre-unitari. L'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso la punizione del privato, è senza dubbio quello di contenere la concussione fenomeno di grande espansione nella prassi giudiziaria, nonché adattare la normativa italiana agli impulsi provenienti in ambito europeo e internazionale. L'esito è stato quello di responsabilizzare maggiormente il privato, evitando che fosse ricondotta nella fattispecie di concussione anche il caso in cui questo si decida alla dazione o alla promessa in vista di un tornaconto personale, adeguandosi a una pretesa abusiva o a prassi illecite di soggetti pubblici. In questo caso la L. 69/2015 ha voluto consolidare tale

³³ Il delitto di peculato, innalzata nel massimo a 10 anni e nel minimo a 6 mesi e 4 anni. La corruzione per l'esercizio della funzione passa da 5 anni a sei anni nel massimo, così da rendere possibile anche la custodia cautelare in carcere ex art 280 comma 2 c. p.p. e viceversa impraticabile l'istituto della particolare tenuità del fatto (applicabile solamente nel caso in cui il reato presupposto non superi una pena nel massimo 5 anni di reclusione). Per il delitto di corruzione propria si passa da una pena da 4 a sei anni, a una reclusione da 6 a 10 anni. La reclusione per corruzione in atti giudiziari ex art. 319 ter passa da 4 a 10 anni a 6 a 12 anni di reclusione, con ricadute sulle fattispecie aggravate. L'induzione indebita a dare e promettere utilità, prima oscillava tra i 3 agli 8 anni, oggi è considerevolmente innalzata spaziando da un minimo di 6 anni a un massimo di 10, mentre la pena comminata all'*extraneus* è rimasta fissa a 3 anni.

impostazione, senza dare rilievo alle difficoltà riscontrate sul piano applicativo, non accogliendo le istanze di semplificazione provenienti da una giurisprudenza disorientata sul punto. Tanto meno il legislatore si è rivelato favorevole all'impostazione proposta nella "progetto di Cernobbio" in cui si auspicava la previsione di una macro fattispecie di corruzione. Così, in questo sistema di incriminazioni, l'induzione indebita rappresenta una figura intermedia tra la concussione, dove *l'extraneus* è vittima delle prevaricazioni del soggetto pubblico e la corruzione, che per definizione sott'intende una posizione paritaria tra le parti del *pactum sceleris*. Prima della legge 69/2015, le cornici edittali segnalavano una asistematicità, in quanto la corruzione propria veniva punita più severamente, con la reclusione fissata a quattro anni nel minimo rispetto all'abuso induttivo del pubblico agente, punito nel minimo a tre anni di reclusione³⁴. La novella ha ricollocato in una posizione mediana la fattispecie ex art. 319 quater c.p. anche dal punto di vista sanzionatorio, rimediando così agli elementi di irragionevolezza del precedente quadro sanzionatorio, con la previsione di una pena più severa del pubblico agente in caso di una condotta abusiva induttiva rispetto alla corruzione propria e in maniera attenuata rispetto alla concussione.

Il legislatore apre la strada a una visione di lotta alla corruzione non limitata al momento repressivo, muovendosi verso una linea politico criminale innovativa, sul piano della tutela degli interessi delle amministrazioni pubbliche. Si introduce così l'istituto del recupero coattivo del lucro illecito ottenuto dai funzionari pubblici, funzionale a consentire al reo l'ingresso ai trattamenti di favore previsti a vantaggio dello stesso. Tale obiettivo si realizza con l'introduzione dell'art. 322 quater, ossia una riparazione pecuniaria consistente nel pagamento di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio a seguito della realizzazione di uno tra i reati tassativamente indicati dalla norma. Il pagamento della suddetta riparazione pecuniaria tuttavia lascia impregiudicato il risarcimento del danno alla pubblica amministrazione.³⁵

³⁴ Le stesse Sezioni Unite avevano stigmatizzato "una qualche approssimazione ed una conseguente scarsa coerenza della riforma" Cass., S.U., 14 marzo 2014, n. 12228, di qui l'auspicio di un intervento del legislatore, prevedendo l'eventuale intervento sussidiario del Giudice delle Leggi.

³⁵ "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".

La misura inoltre è destinata ad operare solo nei confronti dei pubblici agenti, essendo assente nel testo normativo il riferimento all' art. 321 c.p. ed esigenze di uguaglianza proporzionale impongono di ritenere limitata l'applicazione ai soggetti pubblici anche in riferimento ai reati di induzione e corruzione internazionale, nonostante il richiamo integrale agli artt. 319 quater c.p.e 322-bis c.p.

Analoga matrice si riscontra nell' innesto all' art. 165 c.p., a seguito del quale, nei casi di reati contro la pubblica amministrazione ex artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, si concede la sospensione condizionale della pena soltanto a seguito della corresponsione della riparazione pecuniaria in favore della pubblica amministrazione presso il quale il reo prestava la propria opera, lesa dal reato. A completare il quadro, si aggiunge la previsione all' art. 444 c.p.p. con l'introduzione dell'art. 1 ter, il quale consente di evitare che il reo possa semplicemente aderendo al rito semplificato possa sottrarsi al dettato dell'art. 322 quater c.p. il quale prevede la applicazione solo in caso di condanna, subordinando l'accoglimento della richiesta al pagamento integrale del prezzo o del profitto del reato.

Il contrasto alla corruzione è osteggiato dalla crescita della cd. Cifra oscura, del mercimonio delle pubbliche funzioni, a causa del condiviso interesse delle parti ad occultare il patto corruttivo e a difendersi reciprocamente. Sin da tangentopoli la dottrina si interroga sull' opportunità di strumenti premiali tesi a favorire l'emersione degli accordi corruttivi, trova riscontro nel "progetto di Cernobbio" la ipotesi di una specifica causa di non punibilità a seguito di una denuncia spontanea, non oltre tre mesi dal fatto o comunque prima dell'iscrizione della notizia *criminis*, fornendo indicazioni utili per la identificazione degli altri responsabili, che tuttavia non ha mai visto la luce. Il legislatore del 2015 punta ad inserire nel quadro normativo una circostanza attenuante a effetto speciale "estrinseca", ossia estranea al fatto di reato e imperniata sulla collaborazione *post factum*, fruibile da ciascuna parte del patto criminoso. La legge "Severino" aveva tralasciato qualsiasi incentivo normativo alla rottura del patto omertoso tra corrotto e corruttore, non era stata certo una dimenticanza, ma era stata dettata dallo scetticismo del dibattito politico e dottrinale sulla efficacia delle misure stesse in via preventiva, stesso scetticismo di riscontrava anche in sede sovranazionale. Per questi motivi il legislatore del 2015 ha preferito evitare di spingersi sul terreno della premialità fino alla causa di non punibilità, si è

ritenuto più ragionevole, al fine di favorire la rottura del legame omertoso tramite la previsione di una mera circostanza attenuante. L' art 323bis c.p.nel comma aggiunto dalla novella stabilisce “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”. L' articolo da rilevanza dunque a condotte positive, materiali o di natura probatoria, senza la previsione di alcun termine per la loro realizzazione. L' attenuante in questione si applica a tutte le fattispecie di corruzione, anche la forma induttiva e la corruzione internazionale, resta invece esclusa dalla sfera di applicabilità la concussione, escludendone quindi la efficacia nei confronti del concussore collaborante *post delictum*. Allo stesso modo non si applica al peculato.

1.4. L'influenza europea e internazionale

La lotta alle corruzioni per effetto della profonda crisi che coinvolge le più avanzate economie mondiali è divenuta da tempo una priorità in sede internazionale. Sono state innumerevoli le iniziative poste in essere nell'ultimo decennio, volte a sensibilizzare i singoli paesi al fine di incentivare l'introduzione di nuovi e più efficienti sistemi di contrasto.³⁶

Il processo trasformativo della corruzione ha generato delle ripercussioni diverse sul piano giuridico interno rispetto al quello esterno, infatti in sede sovranazionale alla metamorfosi della corruzione ha corrisposto un processo evolutivo volto alla promozione di una strategia globale di contrasto al fenomeno corruttivo, sul versante nazionale invece le trasformazioni empirico- criminologiche hanno avuto una ridotta efficacia.

A partire dagli anni novanta si è assistito alla proliferazione di diverse fonti anche a livello internazionale in materia di corruzione, le quali, hanno portato gli stati firmatari a dover dare attuazione a nuovi obblighi incriminatori più o meno cogenti.

A livello europeo³⁷ la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea (Bruxelles 1996), Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 1995), Protocollo di Dublino (1996), Secondo Protocollo (1997); Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle comunità europee o degli Stati Membri dell'Unione europea (Bruxelles, 1997); Azione Comune 98/742/GAI, sulla

³⁶In tal senso BIANCHI A. *“Il perimetro della pubblica Amministrazione e la politica anti-corruzione”*, cit, pag.30

³⁷MONGILLO V. *“Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive”* in diritto penale contemporaneo fasc. 1/2019, pag.158 *“Corruzione e criminalità organizzata – al pari di terrorismo, riciclaggio di capitali, traffico di stupefacenti, traffico di armi, crimini informatici, tratta di esseri umani, ecc. – appartengono al nucleo duro degli “euro-delitti”, come attestano anche le fonti di diritto primario dell'UE. La ragione fondante è da ravvisare proprio nella vocazione transnazionale di tali manifestazioni criminose, che reclamano una integrazione inter-ordinamentale anche per il loro alto allarme sociale.”*

corruzione nel settore privato e Decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato. A livello internazionale:

- OCSE: Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 1997).
- Consiglio d'Europa: Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo, 1999) e Protocollo addizionale (2003).
- ONU: Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo, 2000);
- Convenzione sulla corruzione (Merida, 2003).

Le quali hanno predisposto organi e meccanismi per controllare l'attuazione all'interno degli stati delle misure adottate a livello sovranazionale:

In ambito europeo³⁸, la mancata attuazione a livello interno delle misure comporta la possibilità di promuovere la procedura di infrazione da parte della commissione, competente ad operare un controllo sull'attuazione all'interno degli Stati Membri della normativa UE. Tale procedura non era inizialmente prevista per la decisione quadro, come la Decisione quadro 2003/568/GAI; solamente con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona essa potrà essere attuata nel caso di persistente inadeguatezza della normativa.

Essendo in epoca anteriore l'obbligo di recepimento è stato sancito tramite strumenti di soft law, l'art. 9 di tale Decisione quadro dispone che “gli Stati Membri adottano le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente Decisione quadro anteriormente al 22 luglio 2005.

Entro la stessa data gli Stati Membri trasmettono al segretariato generale del Consiglio e alla Commissione il testo delle disposizioni inerenti al recepimento nella legislazione nazionale degli obblighi imposti dalla presente Decisione quadro. Sulla base di una relazione redatta a partire da tali informazioni e di una relazione scritta trasmessa dalla Commissione, il Consiglio esamina anteriormente al 22 ottobre 2005

³⁸MONGILLO V.,cit,pag.160 “dall’art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), nella versione post -Lisbona. Tale disposizione non sancisce obblighi di criminalizzazione per gli Stati Membri, ma perimetra le competenze penali (indirette) delle istituzioni europee, che si estrinsecano nella previsione di norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in specifici ambiti di tutela. La formula impiegata dal par. 1 dell’art. 83, per delimitare il primo ambito di competenza penale dell’UE, è volutamente generica, ma eloquente nell’economia del presente discorso: «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale»

in quale misura gli Stati Membri si siano conformati alle disposizioni della presente Decisione quadro”.

La prima Relazione della Commissione, in effetti, fu redatta soltanto il 18 giugno 2007. Ciò in quanto solamente due Stati Membri (Olanda e Finlandia) risposero fornendo alla Commissione il testo delle disposizioni nazionali entro il termine stabilito. Gli altri Stati o non risposero, oppure lo fecero con ritardo (l'Italia è tra questi). Il 6 giugno 2011, - anche per effetto del Programma di Stoccolma che invitava la Commissione a sviluppare una politica anticorruzione completa e ad istituire un meccanismo di valutazione degli sforzi compiuti dagli Stati Membri contro la corruzione -, la Commissione pubblicò una nuova Relazione.

Il WGB (Working Group on Bribery) fu istituito nel 1994 dal Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME). Con l'entrata in vigore della Convenzione OCSE, esso divenne l'organismo responsabile del controllo della sua attuazione da parte degli Stati Membri: questa competenza fu conferita dall'art. 12 della detta Convenzione, in base al quale “le Parti coopereranno nell'attuazione di un programma di seguiti sistematici (follow-up) per sorvegliare e promuovere la piena applicazione della presente Convenzione. A meno di diversa decisione adottata all'unanimità dalle Parti, il detto programma sarà assolto dal Gruppo di Lavoro dell'OCSE sulla Corruzione nelle operazioni economiche internazionali. Nel 2009, il mandato del WGB fu esteso al controllo dell'attuazione della Raccomandazione per ulteriori strategie di lotta contro la corruzione degli impiegati pubblici nelle transazioni economiche internazionali. Il meccanismo di monitoraggio del WGB si articola in tre fasi:

fase 1) ha la finalità di valutare l'adeguatezza, da un punto di vista astratto, degli interventi legislativi nazionali posti in essere per attuare la Convenzione OCSE;

fase 2) si preoccupa di giudicare l'adeguatezza, da un punto di vista concreto, nella pratica, di tali interventi legislativi;

fase 3) ha la funzione di fornire un controllo costantemente aggiornato sul livello di attuazione della Convenzione e della Raccomandazione OCSE, incentrandosi, in particolar modo, sui progressi realizzati dal singolo Stato rispetto alla fase precedente, nonché sulle conseguenze che eventuali modifiche legislative hanno prodotto e sui risultati pratici ottenuti nella lotta contro la corruzione. Le tre fasi, che

si concludono tutte con la pubblicazione di un rapporto, sono accomunate da una medesima procedura, anch'essa, così come il meccanismo approntato in ambito GRECO, fondata sul controllo reciproco fra gli Stati. Il WGB nomina due Stati che hanno il compito di guidare, attraverso il conferimento dell'incarico a degli esperti nazionali, il procedimento di valutazione al quale dovrà essere sottoposto l'esaminato. Gli incaricati, visitando il Paese controllato ed analizzando i risultati di un questionario da esso appositamente compilato, redigeranno una relazione preliminare che dovrà essere trasmessa all'intero WGB che potrà farla propria e sviluppare le conclusioni del caso

Il GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption) è un organismo istituito nel 1999 dal Consiglio d'Europa, al quale sono tuttavia ammessi anche Stati che non partecipano al Consiglio d'Europa medesimo, tra cui segnatamente gli Stati Uniti. Il suo scopo è quello di monitorare il livello di conformità delle legislazioni di ciascuno di essi agli standards anti-corrruzione dell'organizzazione. Il meccanismo di controllo si fonda sulla reciproca valutazione e sulla pressione fra pari tra i vari Stati partecipanti. Esso, in particolare, è articolato in due distinti momenti:

nella prima fase, orizzontale, tutti i membri sono sottoposti ad un Ciclo di Valutazione (Evaluation Round) che si conclude con la formulazione di raccomandazioni finalizzate a guidare il singolo Stato nella scelta delle misure da adottare per adeguare la propria legislazione alla normativa del Consiglio d'Europa; proprio l'idoneità di queste misure a raggiungere gli obiettivi indicati costituisce l'oggetto della successiva fase di verifica

Ciascuno dei due momenti porta all'adozione di un rapporto specifico per ogni Stato. In particolar modo le considerazioni sviluppate nella prima fase sono riassunte nell'Evaluation Report, mentre i giudizi conseguenti alla seconda sono sintetizzati nel Compliance Report.

L'Italia ha aderito al GRECO il 30 giugno 2007, cioè dopo la chiusura sia del First che del Second Evaluation Round. Il nostro Stato, pertanto, è stato sottoposto congiuntamente ai primi due cicli di valutazione soltanto al momento della sua adesione, ai quali è seguito l'Evaluation Report on Italy, datato 2 luglio 2009. In questo rapporto sono state formulate ventidue raccomandazioni: il giudizio sulla loro attuazione è contenuto nel Compliance Report on Italy¹⁴, del 27 maggio 2011. Il 23

marzo 2012 sono poi stati adottati l'Evaluation Report on Italy: Incriminations e l'Evaluation Report on Italy: Transparency of Party Funding, primi rapporti del terzo ciclo di valutazione riguardanti l'Italia, entrambi contenenti delle raccomandazioni rivolte al nostro Stato.

Rimane da riferire degli strumenti previsti dall'ONU. Invero, a conferma della tradizionale minore effettività di questo tipo di fonti, non si rinvergono ancora consolidate procedure aventi la finalità di giudicare il livello di implementazione della Convenzione di Merida raggiunto dai singoli Stati. Esistono, ad ogni modo, norme importanti in materia, alle quali è stata data esecuzione attraverso la definizione dei primi meccanismi di controllo. In particolar modo - oltre all'art. 65 della Convenzione di Merida, ai sensi del quale “ciascuno Stato Parte può adottare misure più strette o severe di quelle previste” dalla Convenzione, degno di nota è l'art. 63: esso infatti istituisce la Conferenza degli Stati Parte, la quale, da un lato, ha la funzione di guidare gli Stati Membri nell'attuazione della Convenzione, dall'altro si pone come luogo di cooperazione e di scambio di informazioni fra gli stessi. Proprio durante la terza sessione della Conferenza è stata adottata la Risoluzione 01/03, intitolata “Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption”¹⁷. Essa, dando attuazione all'art. 63 par. 7 della Convenzione di Merida, ha istituito un particolare meccanismo di controllo dell'implementazione delle legislazioni nazionali fondato, ancora una volta, sulla revisione reciproca fra Stati. I rappresentanti degli Stati esaminatori, al termine della loro analisi, sviluppano un rapporto che è poi sottoposto ad un particolare organo incaricato di controllare il livello di attuazione della Convenzione di Merida raggiunto da ogni singolo Stato: questo organo, che può emanare delle raccomandazioni e delle conclusioni che devono essere approvate dalla Conferenza, è l'Implementation Review Group. La Conferenza, presieduta da un Segretario che ha la responsabilità di garantire il funzionamento dell'intero meccanismo e di fornire assistenza agli Stati esaminati ha, infine, un ruolo di guida nel procedimento di revisione, potendo dividerlo in fasi e cicli e potendo, altresì, determinarne la durata ed il numero di Stati esaminabili. E' interessante evidenziare la grande importanza conferita durante tutta la procedura allo scambio di informazioni e all'assistenza

tecnica allo Stato esaminato. Nonostante l'impegno profuso, la Convenzione di Merida non sembra beneficiare di un meccanismo di controllo della sua attuazione.³⁹ Come anticipato, i rapporti internazionali che fungeranno da architrave di questa seconda parte della trattazione sono:

- la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio a norma dell'articolo 9 della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato (2011): essa non è dedicata esclusivamente all'Italia e si occupa di valutare il livello di attuazione della disciplina comunitaria in materia di corruzione nel settore privato;

- il Compliance Report on Italy del Joint First and Second Round Evaluation del GRECO: esso si concentra principalmente sull'attuazione delle ventidue Raccomandazioni formulate nell'Evaluation Report del Joint First and Second Evaluation Round, le quali riguardano, in modo particolare, la materia della confisca, delle misure preventive di carattere amministrativo e della responsabilità delle persone giuridiche;

- l'Evaluation Report on Italy: Incriminations del Third Evaluation Round del GRECO: esso sviluppa l'analisi del quadro incriminatorio italiano, evidenziandone le principali lacune, attraverso la formulazione di nove Raccomandazioni;

- il Phase 3. Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Italy del WGB: esso è incentrato maggiormente su problematiche di natura penalistica, il suo oggetto spaziando dalla valutazione del rispetto degli obblighi di incriminazione imposti dalla Convenzione OCSE, alla efficacia delle sanzioni, dalla responsabilità degli enti, alla idoneità di determinati istituti processuali a combattere la corruzione. Anch'esso contiene delle raccomandazioni. Si tratta delle relazioni disponibili maggiormente aggiornate, essendo state tutte pubblicate da giugno 2011 in poi.

³⁹MONTANARI M. *“La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali, i rapporti dell’Unione Europea, del Working Group on Bribery dell’OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese”* in diritto penale contemporaneo, 1luglio 2012, pag.2 ss.

Il GRECO nelle sue 22 raccomandazioni ha evidenziato la necessità sul lato preventivo che l'Italia adotti un piano preventivo anticorruzione di adottare misure volte al potenziamento della trasparenza di predisporre codici uniformi per tutti i dipendenti pubblici che svolgono attività amministrative di adottare codici di condotta anche per i Ministri muniti di sanzioni in caso di inosservanza di adottare discipline volte all'individuazione e contenimento delle situazioni in conflitto di interesse, in particolare quelle che si possono riscontrare nel passaggio del pubblico funzionario dal settore pubblico a quello privato, di procedure volte alla regolamentazione del whistleblowing: tramite misure volte a garantire chi presenta delle segnalazioni di casi sospetti di corruzione.

Le istituzioni internazionali sul piano repressivo si muovono su più direzioni:

- necessità di individuare meccanismi di tutela anticipati: tutte le convenzioni riconoscono la rilevanza dell'incriminazione dell'istigazione alla corruzione sia attiva che passiva antecedente e susseguente

- necessità di cancellare il requisito della determinatezza o determinabilità dell'atto al fine di estendere la punibilità anche al mercimonio della funzione, manifestazione della moderna corruzione sistemica.

- la distinzione della corruzione propria da quella impropria, presente nel Protocollo di Dublino del 1996 successivamente si perde.

- le convenzioni richiedono la punibilità del privato che dà o promette denaro o altra utilità c.d. Traffico di influenze illecite

L'Italia nel 2011 ha presentato nell'ambito del "follow up" le misure adottate sulla base di tali raccomandazioni, che il GRECO ha ritenuto soddisfacenti solo per meno della metà delle 22 raccomandazioni, mentre ha ritenuto insoddisfacenti le misure sopracitate.

Sul piano repressivo, le autorità nazionali non hanno recepito le misure idonee ad innalzare il livello di effettività dello statuto penale della corruzione, restando in una posizione di sostanziale inerzia anzi al contrario ha posto in essere misure con norme settoriali volte a deprimere la funzionalità del sistema normativo anticorruzione come la normativa riguardante i reati tributari e societari.

Tra il maggio e il giugno 2014 sono stati pubblicati due importanti rapporti internazionali, aventi la finalità di valutare lo stato della normativa anticorruzione

italiana, alla luce soprattutto delle recenti novità introdotte dalla l. 190/2012. Si tratta, in particolare dei rapporti elaborati dal WGB (Working Group on Bribery), in ambito OCSE, e dal GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption), in ambito Consiglio d'Europa⁴⁰.

Le osservazioni presentate a livello sovranazionale hanno ad oggetto il delitto di concussione e induzione indebita, in particolare rilevano la preoccupazione verso un'interpretazione ritenuta eccessivamente estensiva dell'art 317c.p. andando a ricomprendere anche fattispecie di concussione ambientale. L' estensione della norma si riflette anche sul piano applicativo poiché spesso l'autorità giudiziaria qualifica il fatto come concussione anziché corruzione in processi carenti dal punto di vista probatorio assicurandosi in questo modo la collaborazione del privato incentivato dall' impunità secca derivante dall' art. 317c.p.

La difficoltà di distinzione sul piano applicativo tra concussione e corruzione crea delle disparità, l'OSCE ha mal visto l'estensione della concussione a pubblici agenti stranieri. In sostanza le autorità richiedevano all'Italia di riesaminare il delitto di concussione e di modificarne la struttura al fine di limitare la sua portata applicativa. E' dato giudizio positivo sulla predisposizione dell'induzione indebita come fattispecie autonoma, sull' innalzamento dei livelli sanzionatori così da apportare un innalzamento anche ai termini di prescrizione.

All' attenzione delle autorità internazionali è stata a lungo l' art 2635c.c. Innanzitutto tale norma, considerando come soggetti attivi solo gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, era ritenuta in contrasto con gli artt. 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, ai sensi dei quali può considerato soggetto qualificato qualsiasi soggetto che lavora o dirige un ente privato. Inoltre gli stessi articoli non prevedono, come invece stabilisce la norma italiana, il requisito della verifica di un danno a carico della società, dal momento che la dimensione lesiva del fatto secondo le autorità internazionale risiede nella distorsione della concorrenza più che nel pregiudizio ai soci e alla società. Pertanto il rapporto del GRECO del 2014 ritiene assolutamente insufficienti le innovazioni della L.190/2012

⁴⁰In tal senso MONTANARI M. *“Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle autorità internazionali: le valutazioni del GRECO e del WGB”* in diritto penale contemporaneo, 9 ottobre 2014, pag.6.

sull' art.2635 c.c. in quanto sottolinea come il contenuto dell'articolo sia completamente lacunoso e lontano dal soddisfare i parametri internazionali. In particolare manca il riferimento alle condotte dell'offrire o del richiedere la tangente, la possibilità che il reato venga integrato in via indiretta, il requisito del "nocumento alla società", contrario allo spirito della Convenzione, che d'altra parte serve a giustificare una perseguibilità a querela della persona offesa assolutamente irragionevole. Da ultimo il GRECO sembra avere dubbi sulla opportunità di trasferire la fattispecie dal codice civile a quello penale.⁴¹

Il 18 giugno 2018 tale organismo - istituito dal Consiglio d'Europa nel 1999 – ha approvato, nella sua ottantesima assemblea plenaria, l'Addendum al Secondo rapporto di conformità sull'Italia. Il documento costituisce l'esito di una procedura di valutazione volta a verificare se il nostro Paese ha messo in pratica le indicazioni che gli erano state in precedenza rivolte al fine di uniformare la propria legislazione alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, ratificata dall'Italia con la l. 110/2012. Nelle sue conclusioni, il GRECO, pur apprezzando l'attuazione in modo soddisfacente di alcune raccomandazioni emesse nei confronti dell'Italia nel rapporto del Terzo ciclo di valutazione, rilevava che, in tema di «Incriminzioni», permanevano difformità tra il diritto interno e gli obblighi imposti dalla Convenzione, per le quali auspicava un immediato intervento del legislatore o incoraggiava un ripensamento delle riserve apposte all'atto del deposito dello strumento di ratifica (riserve ribadite nel luglio 2017).⁴²

Le difformità, tra l'altro, riguardavano i seguenti punti:

- le norme del codice penale che prevedono la necessità della richiesta del Ministro della giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione commessi all'estero.
- i vuoti di penalizzazione con riguardo alle condotte aventi a oggetto: la corruzione attiva e passiva dei pubblici ufficiali stranieri; la corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle organizzazioni internazionali; la corruzione (attiva e passiva) dei

⁴¹CINGARI F. "Repressione e prevenzione della corruzione pubblica", Cit. pag.14.

⁴²CINGARI F., "Repressione e prevenzione della corruzione", cit, pag.14

membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali;

- l'esclusione dall'ambito del penalmente rilevante della condotta di chi offre o promette il vantaggio al «millantatore» di influenza, a prescindere dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato;

- il mantenimento, anche a seguito delle modifiche all'art. 2635 c.c. (Corruzione tra privati) introdotte dal d.lgs. 38/2017, della condizione di procedibilità della querela, fatta eccezione per le ipotesi in cui dalla condotta corruttiva derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

Con la l. 3/2019 sono state accolte pressoché integralmente le raccomandazioni, attraverso:

- le modifiche del codice penale in tema di punibilità dei delitti commessi all'estero (art. 9 c.p., Delitto comune del cittadino all'estero; art. 10 c.p. Delitto comune dello straniero commesso all'estero);

- le modifiche alla rubrica e al contenuto dispositivo dell'art. 322-bis c.p. (ora rubricato «Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri»), sì da estendere la punibilità: a tutti i fatti di corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri, per i quali non sono possibili riserve ai sensi dell'art. 37 della Convenzione penale; a tutti i fatti di corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle organizzazioni internazionali e di corruzione (attiva e passiva) dei membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali (per cui l'Italia non ha espresso riserve);

- le modifiche all'art. 346-bis c.p., con estensione dell'area di punibilità e aggravamento delle pene del delitto di traffico di influenze illecite;

- l'introduzione della procedibilità d'ufficio per i delitti di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.) e istigazione alla corruzione tra privati (art. 2635 bis c.c.). Si è data quindi attuazione agli artt. da 5 a 12 della Convenzione mediante:

- l'estensione della portata incriminatrice dell'art. 322 bis, comma 1, c.p.(e, quindi, della punibilità per i delitti contemplati nello stesso art. 322 bis, comma 1, tra i quali i fatti di corruzione passiva e di istigazione alla corruzione attiva) anche ai funzionari «extra-UE», mediante l'aggiunta di una lettera 5 ter che annovera tra i soggetti attivi le «persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di organizzazioni pubbliche internazionali»⁴³
- l'estensione della portata incriminatrice dell'art. 322 bis, comma 1, c.p.(e, quindi, della punibilità per i delitti contemplati nello stesso art. 322 bis, comma 1, tra i quali i fatti di corruzione passiva e di istigazione alla corruzione attiva) anche ai membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali, mediante l'aggiunta di una lettera 5 quater che annovera tra i soggetti attivi i «membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e dei giudici e funzionari delle corti internazionali»
- l'estensione della portata incriminatrice dell'art. 322 bis, comma 2, c.p.(e, quindi, della punibilità per i fatti di induzione indebita a dare e promettere utilità, corruzione attiva e istigazione alla corruzione passiva) con riguardo a tutte le persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio nell'ambito «extra-UE» (Stati esteri non membri dell'UE o organizzazioni internazionali), ai membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali, con contestuale eliminazione della condizione che «il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria dei funzionari degli Stati esteri non membri dell'UE»;
- la radicale modifica – in senso ampliativo – della fattispecie incriminatrice del traffico illecito d'influenze (art. 346-bis c.p.), con riassorbimento nello stesso delle condotte di millantato credito, aggravamento delle pene e contestuale abrogazione dell'art. 346 c.p.

⁴³LO CURTO C. "Prevenzione e contrasto della corruzione: le novità introdotte con legge cd. Spazzacorrotti", in Rivista 231, Fasc. 4/2019, pag.71.

- l'abrogazione delle disposizioni che, per i delitti di corruzione tra privati (art. 2635, comma 5, c.c.) e di istigazione alla corruzione tra privati (art. 2635 bis, comma 3, c.c.) prevedevano la procedibilità a querela della persona offesa. A tutt'oggi, rimane inevasa la sola raccomandazione relativa alla punizione della corruzione passiva dei pubblici ufficiali di Stati esteri non appartenenti all'Unione europea e di arbitri e giurati.

Ulteriori, circoscritti interventi originano, infine, dalle raccomandazioni dell'OCSE. Tra le principali raccomandazioni del Working Group on Bribery (WGB), istituito dall'OCSE per garantire il rispetto della Convenzione di Parigi del 18 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali – all'esito della valutazione di Fase 3 (2011) e della procedura di follow-up del maggio 2014, in vista della valutazione di Fase 4 (2020) – viene in rilievo, per la pertinenza rispetto all'oggetto dell'intervento normativo attuato con la l. 3/2019, quella con cui si suggerisce di valutare l'introduzione di sanzioni pecuniarie nei confronti delle persone fisiche per i reati di corruzione

Ragioni di coerenza e razionalità del sistema sanzionatorio del codice penale (che non prevede il cumulo di sanzioni detentive e pecuniarie per i delitti contro la pubblica amministrazione, a differenza di quanto prevede, ad esempio, per i reati che offendono il patrimonio) hanno indotto il legislatore a evitare una generalizzata modifica delle pene principali nel senso suggerito. Il complessivo apparato sanzionatorio, del resto, dopo il sensibile e progressivo inasprimento delle pene negli anni passati (l. 867/1990, l. 190/2012 e l. 69/2015) e con la stessa l. 3/2019, era (ed è) già adeguatamente afflittivo e dissuasivo. La scelta è stata quella di intervenire, in sostanziale

accoglimento della raccomandazione, sull'art. 322-quater c.p., la riparazione pecuniaria attraverso il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente «ricevuto» dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio. In coerenza con l'impianto e con gli scopi della riforma, all'art. 1, comma 1, lett. q), l. 3/2019, si è quindi disposto l'ampliamento dell'ambito di applicazione della riparazione pecuniaria, in modo che non sia più limitato al pubblico ufficiale o

all'incaricato di pubblico servizio, ma si estenda anche a carico del privato corruttore⁴⁴

1.4.1. I profili internazionalistici della responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi

Nel nostro ordinamento giuridico, la stessa legge che ha introdotto il reato di corruzione di pubblici ufficiali stranieri nel codice penale, la L.300/2000, ha conferito al governo la delega per emanare il d.lgs.231/2001. A dire il vero il provvedimento legislativo, trova la sua genesi primaria nelle Convenzioni internazionali e comunitarie che hanno imposto di prevedere la responsabilità delle persone giuridiche, quali la Convenzione di Bruxelles, siglata nel 26/7/1995 e i suoi protocolli siglati il 27/9/1996 e la Convenzione dell'OSCE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, siglata a Parigi il 17/12/1997, atti recepiti nel nostro ordinamento con la L.300/2000.

Le istanze di contenimento della corruzione provenienti dall'ambito sovranazionale⁴⁵ hanno assunto una portata che ha finito per travolgere, oltre alla responsabilità penale individuale, anche quella collettiva, inserendo per la prima volta nell'ordinamento, la responsabilità degli enti collettivi da reato, ritenuto assolutamente indispensabile per la repressione del fenomeno corruttivo transnazionale. I fattori di internazionalità dell'ente che risultano meritevoli di trattazione, riguardano il carattere nazionale della società responsabile e il luogo di commissione del reato da cui dipende l'illecito corporativo, nonché stabilire quali siano le condizioni alle quali la corporate liability possa essere affermata a carico di una società straniera, avente la sua sede principale all'estero, per i reati realizzati in tutto o in parte in Italia e simmetricamente nel caso in cui una società italiana per reati commessi in tutto o in parte all'estero.

⁴⁴LO CURTO, *“Prevenzione e contrasto della corruzione”*, cit., pag. 73

⁴⁵ Sul punto GUERRINI T. *“Diritto penale e enti collettivi”* cit., pag.197. “In particolare per quanto concerne l'Europa, l'esistenza di un mercato unico ha determinato la necessità di arrivare quanto prima a un'efficace armonizzazione degli strumenti repressivi della corruzione internazionale, ritenuta particolarmente insidiosa, in quanto idonea a alterare il meccanismo di libera concorrenza tra Stati Membri.”

A tal riguarda è bene evidenziare che non esiste all'interno del meccanismo introdotto ex d.lgs. 231/2001 una regola espressa nell'ipotesi in cui il reato venga commesso in tutto o in parte nel nostro territorio nell'interesse o a vantaggio di una società straniera. Il legislatore ha ommesso di inserire il principio di territorialità enunciato nel codice penale per le persone fisiche dell'art.6 c.p. nonché di chiarire quali siano le sorti in termini sanzionatori, nel caso in cui un ente straniero operante in Italia commetta uno dei reati presupposto della responsabilità dell'ente, mancando un riferimento all'art.9 D.lgs. 231/2001 riferito alle sanzioni, e all'art 45 dello stesso, riferito alle misure cautelari. La giurisprudenza in via interpretativa ha cercato di colmare tale mancanza, emblematico sul punto appare l'ordinanza emessa dal G.I.P. di Milano, nel caso riguardante la società Tedesca Siemens AG⁴⁶, alla quale venne applicata la misura interdittiva del divieto di contrattare con la Pubblica amministrazione italiana, salvo che per ottenere la prestazione di pubblico servizio. La principale questione verteva sulla possibilità di irrogare una misura cautelare prevista da una legge interna a una società con sede all'estero per un reato commesso nel suo interesse in Italia, nonostante l'inesistenza di analoghe disposizioni nel paese di origine. La disciplina tedesca, in caso di responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi non prevede l'irrogabilità di sanzioni interdittive. Il tribunale italiano non ha avuto alcun dubbio sulla esclusione del vincolo di territorialità, stabilendo a chiare lettere che sia le persone fisiche che le persone giuridiche nel momento in cui operano in Italia, anche qualora, come nel caso di specie, attraverso una Associazione Temporanea di Impresa, hanno il dovere di osservare e rispettare la legge interna e quindi anche il d.lgs. 231/2001, indipendentemente dall'esistenza o meno di identica regolamentazione della materia nel paese di origine, tanto più che la sanzione irrogata impedisce di contrattare con la Pubblica amministrazione italiana e non tedesca.⁴⁷ Sul piano giuridico, il Tribunale ha argomentato traendo basi dalla

⁴⁶ Tribunale di Milano, Gip Salvini, Ordinanza 27 aprile 2004. La pronuncia riguarda reati di corruzione aggravata asseritamente realizzati, all'interno di una ATI con altre società italiane, da alcuni dirigenti della compagnia tedesca, per l'ottenimento da parte della società pubblica italiana ENEL power di appalti di forniture di impianti elettrici di cospicuo valore.

⁴⁷Alla medesima conclusione si è giunti nel cd. Crack Parmalat, presso il Tribunale di Milano. In quest'occasione non ha trovato accoglimento l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata da numerose banche estere – Morgan Stanley, Ubs, Deutsche Bank e Citigroup – non aventi alcuna sede in Italia, ma comunque operanti nel territorio nazionale, e chiamate a rispondere dell'illecito amministrativo dipendente dal delitto di aggioaggio ex art. 2637 c.c

disciplina processuale prevista dal decreto legislativo, in particolare all'art. 34 stabilisce in via generale l'applicabilità delle norme del codice di rito per l'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente e quindi anche dell'art.1 c.p.p. che sancisce il principio generale della giurisdizione del giudice penale. In secondo luogo l'art.36 prevede che la competenza per l'illecito ex crimine dell'ente appartiene al giudice penale chiamato a conoscere del reato commesso dall'apicale o dal sottoposto. Da questi due articoli può farsi discendere la regola secondo cui in tutti quei casi in cui procede all'accertamento del reato presupposto il giudice italiano, tale competenza è estesa anche all'accertamento della responsabilità dell'ente a prescindere dalla nazionalità della stessa entità collettiva. Emerge con chiarezza la volontà di arginare il pericolo di trattamenti discriminatori tra imprese italiane e imprese aventi sede all'estero, potenziale foriera di distorsioni del corretto funzionamento della concorrenza del mercato interno.

Possono tuttavia scorgersi in primo luogo, delle problematiche relative alle modalità di esecuzione delle sanzioni, allorché sia necessario il coinvolgimento dello Stato di appartenenza dell'ente straniero e manchino accordi internazionali in tal senso, si pensi ad esempio alla sanzione dell'interdizione, temporanea o definitiva della attività dell'ente, mentre non pongono difficoltà in questo senso le sanzioni interdittive che risolvono la loro portata all'interno del nostro territorio, come nel caso Siemens.

In secondo luogo può accadere che le regole di *corporate governance* e controlli societari siano diverse nel paese di origine dell'ente rispetto a quelle vigenti nel paese del *locus commissi delicti*. Ad esempio il fatto che il nostro ordinamento prevede l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza con funzioni di controllo e di verifica sull'attuazione del modello organizzativo, essendo tale requisito appannaggio solamente del nostro ordinamento e pochi altri, genera inevitabilmente disallineamento con gli altri ordinamenti.

Le tesi dottrinarie che si sono succedute nel tempo, evidenziano la mancanza di una posizione netta sul punto.

Parte della dottrina è contraria alla interpretazione giurisprudenziale, ritenendo che il reato commesso dalla persona fisica e la responsabilità dell'ente, sono tra loro autonomi, non possono costituire un *unicum* concorsuale, la responsabilità

corporativa è ontologicamente differente, in quanto basata su un deficit organizzativo, non considerare questo elemento caratterizzante la struttura complessa della fattispecie addebitabile all'ente, significherebbe sconfinare nell'analogia.⁴⁸ Da ciò risulterebbe che in caso di reato commesso in Italia, a favore di un ente la cui struttura organizzativa sia localizzata all'estero «la condotta *contra ius societatis*» dovrebbe ritenersi «radicata fuori dal territorio» – vale a dire dove l'ente ha la sua sede amministrativa ed è stata assunta la decisione di non adottare il modello organizzativo – e come tale sottratta alla giurisdizione della nostra autorità.⁴⁹ A supporto dell'assunto anche la mancanza nel nostro ordinamento di una disposizione interna che consente di perseguire nel nostro territorio un illecito amministrativo commesso all'estero da società di diritto straniero, ancorché tale illecito sia collegato alla commissione di un reato in Italia.

Un differente orientamento dottrinale, oppone il rilievo che essa finisce per deprimere in maniera eccessiva il ruolo riconosciuto al reato presupposto nell'economia dell'illecito per l'ente. Attribuire l'essenza della responsabilità alla mancanza di adozione del modello significherebbe andare oltre il dettato normativo, non essendo previsto alcun obbligo di adozione. E' il reato commesso dalla persona fisica a implicare la responsabilità ed a questo è necessario guardare per risolvere il problema legato alla giurisdizione inerente alla responsabilità dell'ente.⁵⁰ Un elemento di riscontro sarebbe rinvenibile secondo un'interpretazione a contrario dell'art.4 d.lgs.231/2001 che nel dettare deroghe al principio di territorialità consente la perseguibilità degli enti italiani per i reati commessi all'estero, individua nello stesso luogo di radicamento territoriale del reato quello di consumazione dell'illecito corporativo. Altre conferme sono rinvenibili nell'art 36 d.lgs. 231/2001 che rappresenta “la proiezione in parte de qua della regola generale del *locus commissi delicti* di cui all'art. 8 c.p.p., ossia nel nostro caso del luogo di consumazione

⁴⁸PAOLOZZI G. “*Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato*”, Torino 2005, Pag.41.

⁴⁹In tal senso, ALESSANDRI A., “*Attività d'impresa e responsabilità penali*”, in Riv. Italiana di diritto e procedura penale, 2005, pag. 543 il quale rileva come la responsabilità dell'ente sia «configurata dalla legge come autonoma e fondata su un fatto e una colpa che attengono alla struttura organizzativa dell'ente stesso, le cui determinazioni sono normalmente espresse dove ha sede il centro decisionale dell'ente (che sia sede principale o meno, poco importa, in difetto di una precisazione normativa)

⁵⁰ALDOVRANDI P., “*Art. 4, Reati commessi all'estero*”, in CADOPPI- GARUTI – VENEZIANI (a cura di), “*Enti e responsabilità da reato*”, Torino, 2010, Pag.203

dell'illecito". Altresì la disciplina della prescrizione depone in tal senso, secondo cui vi è la centralità del reato presupposto, dal cui perfezionarsi si fanno decorrere i termini estintivi. Infine si osserva che aderendo all'indirizzo opposto si verificherebbero delle disparità di trattamento a discapito delle società italiane rispetto a quelle estere che potrebbero commettere impunemente, reati in Italia.

Infine si può enucleare un terzo orientamento della dottrina cd. intermedio, secondo cui anche a riconoscere la giurisdizione interna rispetto all'illecito commesso in Italia dall'ente "straniero", la sua colpa di organizzazione andrebbe valutata sulla scorta delle regole e dei vincoli dettati dall'ordinamento di provenienza dell'ente, in riferimento alla struttura, contenuto e gestione del modello organizzativo. Tesi che trova apposito riscontro nell'art.25 della l. n. 228/1995 che, in materia di diritto internazionale privato, fissa il principio in base al quale "le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti". Corollario della tesi enunciata è quello di riconoscere la responsabilità dell'ente solamente in base alle disposizioni dettate dalla legislazione del paese di origine. Essa sembra proporre il criterio della *recognition* alla cui stregua lo Stato riconosce gli standard fissati dell'ordinamento di provenienza, equiparando l'osservanza di questi all'osservanza delle disposizioni organizzative interne. Tale tesi consentirebbe di evitare l'insorgenza di pericolosi vuoti sanzionatori e dall'altra prevenire iniqui automatismi di inadeguatezza dei modelli di *compliance*.

Per quanto riguarda la commissione di reati commessi in Italia da imprese straniere non aventi alcuna attività economica nel territorio nazionale, ci si chiede se questa possa rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001. Della questione si è occupato anche il Working Group on Bribery dell'Ocse, nel report di fase 2 sull'Italia, secondo cui sarebbe incerto la circostanza per cui la legge italiana riconosca giurisdizione interna nei casi di siffatta responsabilità. Tuttavia nel *written follow-up* l'Italia ha dato risposta affermativa, escludendo qualsiasi deroga al principio di territorialità, per cui

se un reato è commesso in Italia, da un soggetto legato a una società straniera anche questa potrà esserne chiamata a risponderne ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Per i rischi sanzionatori che corrono le società italiane per i reati commessi all'estero, bisogna opportunamente distinguere tre ipotesi: la prima riguarda il caso di un reato commesso in parte in Italia e in parte all'estero, la seconda riguarda il caso in cui il reato venga commesso interamente all'estero, nell'interesse o vantaggio di una società che abbia la principale sede sul territorio italiano, commessi da soggetti apicali e sottoposti. L'ultimo caso invece riguarda le conseguenze che possano scaturire nel caso in cui un reato venga commesso interamente all'estero da una società straniera partecipata o controllata da una società italiana, senza alcun apporto concorsuale di soggetti appartenenti all'organigramma di quest'ultima.

Cominciando con il primo caso, ovvero di reato commesso in parte in Italia e in parte all'estero, nell'interesse o a vantaggio di una società italiana, da soggetti di cui all'art 5 primo comma d.lgs. 231/2001. Nell'esaminare l'ipotesi inversa, in cui una società straniera commetta un reato sul territorio italiano nel proprio interesse e vantaggio è emersa la *vis attrattiva* che caratterizza il principio di territorialità ma anche la reticenza del legislatore, il quale si è occupato di prevedere una disciplina solamente nel caso in cui il reato venga commesso all'estero da un ente italiano, omettendo però di regolare l'applicazione territoriale del d.lgs. n. 231/2001 ed anche di dettare un criterio generale per dirimere la questione, logicamente antecedente, del luogo di commissione dell'illecito dell'ente, o del reato da cui esso dipende. La normativa omette quindi di precisare quando la responsabilità dell'ente è assoggettata alla forma più piena e incondizionata di giurisdizione, espressione della sovranità territoriale, ovvero extraterritoriale, sottoposta alle stringenti condizioni di cui all'art 4 d.lgs. 231/2001. La questione può essere risolta sul piano dell'interpretazione sistematica. Sotto tale punto di vista, l'art 4 sembra che l'illecito dell'ente intenda ripetere dal reato individuale il *tempus* e il *locus commissi delicti*. Il punto controverso è se sia bastevole che la realizzazione di un mero segmento dell'attività criminosa venga commesso in Italia per poter affermare la giurisdizione. In via suppletiva occorre prendere come punto di riferimento, i principi generali

dell'ordinamento penale, e segnatamente agli artt. 3, 4 e 6 del c.p.⁵¹, soluzione che tuttavia potrebbe contrastare con il principio di legalità non essendo richiamati in forma espressa dal decreto legislativo, il quale opera un rinvio espresso tramite l'art.34, limitatamente alle norme del codice di rito.

Nella prospettiva delle società italiane operanti all'estero il d.lgs. 231/2001 riconosce la giurisdizione italiana anche quando soltanto una parte dell'azione o dell'omissione che costituisce il reato sia realizzata in Italia, estendendo fortemente i confini del *locus commissi delicti*. In quest'ottica, secondo la giurisprudenza, «ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana in relazione a reati commessi in parte all'estero, è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, che se pur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile collegando la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero»⁵².

La peculiare struttura dell'illecito dell'ente, la quale richiede per la sua configurazione, richiede ai sensi dell'art.5 la commissione del reato da parte di soggetti qualificati, pone l'ulteriore questione che se per radicare la giurisdizione domestica alla stregua del principio di territorialità, almeno un'esponente dell'ente debba avere realizzato la propria condotta compartecipativa. A questo quesito viene data risposta affermativa, muovendo dalla considerazione che in dottrina è riconosciuta in relazione alla responsabilità penale individuale, secondo cui, in caso

⁵¹L'art. 3 c.p. sancisce il principio di territorialità, stabilendo che «la legge italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato»;

– l'art. 4, comma 2, c.p. detta la definizione di «territorio dello Stato», precisando che «agli effetti della legge penale» è tale «il territorio della Repubblica e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera»;

– l'art. 6, comma 2, c.p., specifica, finalmente, quando un reato possa ritenersi realizzato nel territorio italiano, aderendo alla c.d. teoria dell'ubiquità; di conseguenza «il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione».

⁵²Da ultimo, in tal senso, Cass., sez. VI, 9 dicembre 2009, n. 47922; Cass., sez. IV, 17 dicembre 2008, n. 17026, secondo cui è sufficiente che il reato sia commesso «anche in minima parte nello Stato». Sulla scorta di tale principio è stato ritenuto commesso in Italia «il reato di partecipazione al reato associativo contestato ad alcuni correi che dall'Italia avevano mantenuto contatti telefonici con l'organizzazione criminosa la cui struttura e operatività erano radicate all'estero» Cass., sez. VI, 28 ottobre 2008, n. 40287, in Cass. pen., 2009, 9, 3460 Applicando tali principi al reato di corruzione, esso potrebbe dirsi commesso, almeno in parte, in Italia, allorché, ad esempio, il *pactum sceleris* sia stato stipulato dai dirigenti di una società italiana nel nostro territorio per l'ottenimento di un appalto oltrefrontiera.

di concorso di persone nel reato, la giurisdizione territoriale sussiste non solo nei confronti di coloro che abbiano partecipato all'illecito nel territorio nazionale, ma anche dei concorrenti che abbiano agito interamente all'estero.⁵³

Dunque la nozione dilatata data al principio di territorialità data nel nostro ordinamento consente di riconoscere in innumerevoli casi la giurisdizione italiana, per reati realizzati in massima parte all'estero.

Nella seconda tra le ipotesi prima tracciate, ovvero in riferimento al caso in cui il reato venga commesso interamente all'estero, nell'interesse o a vantaggio dell'ente avente la sua sede principale in Italia. Per reato commesso all'estero secondo il diritto vivente deve intendersi qualsiasi fatto penalmente rilevante del quale né un frammento della condotta né l'evento tipico siano avvenuti in Italia. Ancora una volta una soluzione espressa nel d.lgs. 231/2001 si ritrova nell'art.4 il legislatore non si è limitato ad estendere alla responsabilità corporativa i criteri che, nell'ordito codicistico, fondano l'extraterritorialità nei riguardi delle fattispecie individuali. A questi, infatti, ha aggiunto sia un requisito di natura processuale, vale a dire il mancato avvio di un procedimento *in idem* dinanzi alle autorità del *locus commissi delicti*, sia un ulteriore criterio di collegamento, questa volta ritagliato sulla peculiare natura del destinatario della sanzione.⁵⁴ diversamente non potranno essere sanzionati gli enti i quali hanno la propria sede principale all'estero, per reati commessi oltre confine ai danni di cittadini italiani o dello Stato italiano. In dottrina la spiegazione di ciò è stata fornita partendo dall'assunto che la responsabilità corporativa fondandosi su un difetto di organizzazione, permette di prendere in considerazione ai fini della giurisdizione solo quegli enti che abbiano in Italia, i propri centri organizzativi-decisionali. Il decreto legislativo 231/2001 fissa alcune condizioni ai fini

⁵³In relazione al reato di truffa, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 6, comma 2, c.p. in un caso in cui le mendaci dichiarazioni costituenti il raggio erano state rilasciate in Italia, benché la lesione patrimoniale fosse avvenuta in Germania

⁵⁴Come spiegato nella Relazione al decreto legislativo n. 231/2001, si è ritenuto che «l'ipotesi [...] assai diffusa dal punto di vista criminologico» dell'ente che, pur avendo la sua sede principale in Italia, compia reati all'estero, «meritasse comunque l'affermazione della sanzionabilità dell'ente, al fine di evitare facili elusioni della normativa interna: e ciò anche al di fuori delle circoscritte ipotesi in cui la responsabilità dell'ente consegua alla commissione di reati per i quali l'art. 7 del codice penale prevede la punibilità incondizionata».

Secondo la dottrina, la disciplina che ne è scaturita ha accolto in modo misurato e prudente il principio di universalità della giurisdizione, caldeggiato dall'art. 7 della Convenzione Ue del 1997, relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati Membri dell'Unione europea.

dell'applicabilità della disciplina e quindi della perseguibilità dell'ente che abbia commesso il reato oltre i confini. Il primo è di natura oggettiva: è necessario che l'ente abbia la sua sede principale nello Stato italiano, risponde a tale requisito anche l'ente incorporato all'estero ma che abbia la propria sede principale⁵⁵ in Italia. In mancanza di tale requisito, non sarà perseguibile neppure se il fatto commesso all'estero sia qualificato secondo la legge penale e sia astrattamente perseguibile nel nostro paese.

A tal fine sembrerebbe più adeguata la tesi secondo cui la nozione di "sede principale" ai sensi dell'art 4 d.lgs. 231/2001 venga identificata con il luogo in cui è incardinata il centro dell'attività di amministrazione, direzione ed organizzazione dell'ente

In secondo luogo lo stesso articolo pone come requisito ai fini della perseguibilità un nesso indissolubile tra la procedibilità nei confronti della persona fisica autrice del reato presupposto e la procedibilità dell'ente avente nel nostro Paese la propria sede principale. Questo potrà rispondere infatti in Italia dell'illecito posto in essere interamente all'estero nei casi stabiliti dagli artt.7,8,9 e 10 c.p.⁵⁶

Infine la clausola di risoluzione dei conflitti di giurisdizione contenuta all'art.4 con la quale il legislatore italiano intendeva soddisfare esigenze di cooperazione giudiziaria tra gli Stati, non solo a livello europeo ma a carattere globale. Tale volontà rischia di essere minato dalla attivazione di procedimenti paralleli. Per scongiurare tale esito si è codificato un criterio di sussidiarietà procedimentale, in forza del quale la perseguibilità di un illecito commesso interamente all'estero dell'ente avente la sua sede principale nel territorio nazionale è impedita qualora abbia proceduto il giudice

⁵⁵In questo senso viene comunemente intesa la nozione di sede principale dell'impresa di cui all'art. 9, comma 1, r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (l. fall.); L'identificazione della "sede" di una società presenta aspetti problematici soprattutto nei casi in cui manchi qualsiasi indicazione formale o quando vi sia discordanza tra il dato formale e quello reale. Nel primo caso, appare logico far riferimento al luogo dove è collocato il centro della direzione amministrativa ed organizzativa dell'impresa. Sotto il secondo profilo, il *punctum dolens* risiede nella circostanza che il concetto di sede «legale» dell'ente, vale a dire quella formalmente indicata nell'atto costitutivo o nel registro delle imprese, può prestarsi ad agevoli elusioni della normativa interna, ad esempio con la fissazione all'estero di una sede di pura facciata o di comodo.

⁵⁶Tra le disposizioni in materia di applicazione extraterritoriale della legge italiana, un rilievo centrale assume, nel campo della responsabilità ex crimine degli enti collettivi, l'art. 9 c.p., giacché i margini di pena edittale ivi indicati sono quelli propri della gran parte delle fattispecie richiamate dal d.lgs. 231/2001. Peraltro, le rigorose condizioni da esso stabilite per poter procedere contro la persona fisica autrice del reato non adeguatamente prevenuto dall'ente, riducono considerevolmente le probabilità che quest'ultimo venga effettivamente chiamato a rispondere di esso qualora commesso all'estero.

del luogo di commissione del reato. Come è stato rilevato in dottrina questo rappresenta l'unico caso in cui si è data preminenza alla litispendenza internazionale. L'ultimo caso che appare opportuno analizzare consiste nell'ipotesi in cui il reato presupposto venga commesso interamente all'estero da una società autonoma di diritto straniero senza la partecipazione della capogruppo italiana. Si tratta precisamente del caso in cui un gruppo multinazionale di società e di reato consumato all'estero in seno a una società autonoma, controllata da una capogruppo avente la sede principale in Italia. In alcuni ordinamenti si rinviene la tendenza a considerare le società facenti parte del gruppo come un'entità giuridica. Al di fuori del diritto penale anche l'ordinamento Italiano è giunto a ritenere il gruppo come una singola identità giuridica.⁵⁷ Nel settore della responsabilità degli enti però non rispetterebbe i principi di legalità aggirare l'autonomia giuridica della società facente parte del gruppo, al fine di estere così la disciplina del d.lgs. 231/2001. Il nostro legislatore infatti non ha accolto una accezione giuridica unitaria, ma ai fini della responsabilità penale questa risulta imputabile all'ente come entità distinta e autonoma. A rigore, quindi, una società residente in Italia potrà rispondere del reato commesso in seno ad una società controllata straniera, solo allorché sia dimostrato il concorso di un suo agente nell'illecito commesso in tutto o in parte all'estero. Di conseguenza, se un soggetto della sussidiaria estera, agisse per conto e nell'interesse della controllante, commettendo un reato senza la partecipazione colpevole di un esponente di questa, non vi sarebbe ragione per aggirare lo schermo giuridico che separa le diverse società del gruppo. Vi sono però dei casi in cui questo schema potrebbe trovare applicazione. Ad esempio quando sorgano inequivocabili dati sintomatici, tali da far ritenere puramente di facciata l'autonoma soggettività giuridica della sussidiaria estera, in quando di fatto totalmente e stabilmente sottoposta alle direttive degli amministratori della controllante. Altra ipotesi è quella in cui la controllata presti servizio nell'interesse e per conto della società madre, allo

⁵⁷Ad es. per assoggettare a tassazione il reddito prodotto da società estere controllate da un'impresa nazionale. Si veda, in questo senso, ad es., la «recente legislazione sul consolidato nazionale e transnazionale (artt. 117 ss. TUIR – D.P.R n. 917/1986 e successive modifiche) e sulle società estere localizzate in paradisi fiscali e controllate da (o collegate a) soggetti residenti in Italia. Di tali società estere controllate o collegate, in particolare, la norma fiscale (artt. 167 e 168 TUIR cit. e succ. modif.) supera l'alterità giuridica rispetto al soggetto controllante

stesso tempo in cui potrebbe farlo qualsiasi altro procuratore o intermediario che eserciti la sua attività in forma individuale⁵⁸.

1.4.2. Le raccomandazioni del WGB in tema di corruzione dirette agli enti

Le raccomandazioni impartite dal WGB dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico fino a questo momento nel ciclo di revisione in quarta valutazione, incentrate in particolare sulla responsabilità degli enti, emergono alcune situazioni ricorrenti sulle quali è opportuna una analisi. Una di queste attiene alla mancata implementazione al cd. Consensus building, ovvero la sensibilizzazione sia dei pubblici funzionari sia del mondo delle imprese, per la inclusione di misure di conformità anticorruzione, volte a prevenire qualsiasi contegno corruttivo, in special modo, sul piano delle transazioni internazionali. Destinatari di questa value expertise, sono risultati sia i pubblici ufficiali della diplomazia e delle relazioni internazionali in genere, sia le imprese che operano a livello transfrontaliero. Al piano del consensus building si è accompagnato quello, in via reiterata, dell'effettività del contrasto sul piano normativo, realizzato inserendo nel catalogo dei reati presupposto, il reato di falso in bilancio, la frode e l'evasione fiscale. Nel riferirsi al valore della certificazione di idoneità del modello organizzativo, gli esaminatori hanno ribadito la necessità della inesistenza di automatismi per l'applicazione delle esimenti. Non sono mancate raccomandazioni volte a garantire:

- le sanzioni in caso di Foreign Bribery devono essere effettive, proporzionate, dissuasive.
- La necessità di potenziare lo strumento della confisca ai fini della sua effettività.
- Un uso di strumenti investigativi più tecnologici
- Una tutela più effettiva del Whistleblower
- Collegamenti e coordinamenti ed allineamenti per garantire la più efficace repressione delle condotte in esame.
- Assicurare la tracciabilità del denaro, provento del reato⁵⁹.

⁵⁸in tal senso MONGILLO V. *“La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale effetti potenzialità e limiti di un diritto penale multi livello dello stato-nazione alla globalizzazione”* Napoli, 2012 capo II pagg. 290-342.

⁵⁹In tal senso TARTAGLIA POLCINI G. “*Le più recenti raccomandazioni del gruppo anticorruzione dell’OCSE sulla responsabilità delle persone giuridiche derivante da reato*”, in rivista 231, fasc. 3/2019.

CAPITOLO II

LE NOVITA' SUL PIANO DELLA RESPONSABILITA' INDIVIDUALE INTRODOTTE DALLA L. 3/2019

2.1 La legge cd. Spazzacorrotti

Gli interventi normativi sin qui enumerati sono quelli tra i più incisivi sul sistema di contrasto alla corruzione elaborato dal legislatore italiano. Accanto a questi, sono intervenuti nell'arco di un ventennio tanti altri interventi legislativi e regolamentari univocamente ispirate all'irrigidimento dello strumentario repressivo. Questo complesso apparato normativo trova oggi definitivo compimento con la L. 3/2019 definita "Spazzacorrotti" dai mass media, a sottolineare da un lato il rigore repressivo e dall'altra la portata demagogica.

La nuova riforma si pone nel solco di un diritto penale anticorruzione emergenziale dove lo strumento penalistico assurge a strumento primario di lotta alla corruzione dimenticando il carattere di *extrema ratio* dell'intervento penale, volto più che alla tutela del bene giuridico offeso da tali condotte, alla stigmatizzazione socio-culturale del fenomeno⁶⁰. La tendenza di elevare a emergenza di tutela, meri indici di percezione sociale del fenomeno è alla base della nuova legislazione.

Questa ottica ispiratrice è la ragione per la quale la legislazione anticorruzione tende a consolidarsi con la legislazione di contrasto alla criminalità organizzata, emblematico è sul punto l'inserimento dei delitti di concussione e corruzione nell'art. 4-bis ord. pen., mettendo in luce serie perplessità di legittimità costituzionale,

⁶⁰Nello stesso senso PISANI N. "La recente politica di inasprimento sanzionatorio tra irragionevolezza e irrazionalità" in IASEVOLI (a cura di) "La cd. Legge Spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale" Bari, 2019, pag.25, "La strategia della "terra bruciata attorno ai corrotti" punta, da una parte, alla carcerazione ad ogni costo, e, dall'altra all'accentuazione della funzione intimidativa e special-preventiva cd. Negativa delle pene accessorie interdittive, la cui unica o prevalente funzione diventa quella di difesa della società dal corrotto, sterilizzandolo rispetto all'esercizio di quelle attività che costituiscono l'humus delle condotte incriminate."

con pesanti ricadute sulla possibilità di fruire della sospensione dell'esecuzione della sentenza di condanna ex art. 656.5 c.c.p.,

Un ordinamento giuridico penale fondato sul principio di rieducazione del condannato (art. 27Cost.) dovrebbe rifuggire da pene perpetue.

2.2. Le novità sul piano investigativo - processuale

Sul profilo investigativo amplia la possibilità di ricorrere al "trojan" e introduce l'agente sotto copertura, due forme particolarmente invasive dei diritti fondamentali. La possibilità di ricorrere all'utilizzo del trojan come strumento di raccolta della prova deriva dall'ulteriore modifica apportata dalla normativa all'art.266-bis c.c.p. difatti il legislatore era già intervenuto, tramite il d.lgs. 29 dicembre 2017 n.216 sulla disciplina delle intercettazioni, stabilendo che l'utilizzo del trojan, per i gravi delitti previsti all'art. 51 comma 3-bis e comma 3-quater, nella privata dimora è sempre autorizzata, prescindendosi dalla sussistenza del requisito del fondato motivo di ritenere che si stia svolgendo l'attività criminosa nel domicilio, requisito invece richiesto nel caso in cui si proceda per altri reati non contemplati nello statuto speciale della criminalità organizzata.

Con la legge 3/2019 si amplia l'area di incidenza della disciplina del trojan, modificando il comma 2-bis dell'art 266 c.c.p. e il primo comma dell'art.267 c.c.p. il legislatore inserisce tra i reati presupposto, i reati contro la pubblica amministrazione, limitandone però la applicabilità ai reati commessi dai soli pubblici ufficiali. In questo caso il trojan è permesso nel caso in cui venga applicata una pena alla reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, previa esposizione delle ragioni che sottendono all' utilizzo anche nei luoghi indicati dall' art. 614 c.p. l' art .1, comma 3, l. n. 3/2019 abroga il secondo comma dell'art. 6 d.lgs. n. 216/2017, il quale stabiliva che "l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l' attività criminosa".

Emergeva sul punto, la volontà del legislatore di limitare la disciplina derogatoria solo dinnanzi ai gravi delitti sopracitati. La attuale riformulazione del comma 2-bis dell' art 266 c.c.p. prevede che la captazione di conversazioni tra presenti mediante la spia inoculata in un dispositivo portatile come smartphone, tablet, computer, è sempre consentita e dunque non più limitata ai reati ex art 51 comma 3-bis e comma 3-quater, dunque, anche nel caso in cui il reato da accertare sul piano probatorio sia uno dei reati contro la pubblica amministrazione commesso da un pubblico ufficiale con il solo limite del quadro edittale. Oltre a dilatare il piano applicativo, la novella interviene sul primo comma dell'art 267 c.c.p. equiparando, anche in questo caso, la disciplina dei gravi reati previsti dagli artt. 51 comma 3-bis e comma 3-quater ai delitti contro la pubblica amministrazione. L'ultimo periodo del primo comma art.267c.c.p. dispone sul contenuto che deve avere il provvedimento autorizzativo delle intercettazioni pena l'inutilizzabilità di quanto acquisito.

In tale specifica ipotesi, il giudice per le indagini preliminari è infatti gravato da uno sforzo motivazionale ulteriore, dovendo indicare, oltre agli ordinari requisiti della presenza di gravi indizi di reato e della assoluta indispensabilità delle intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini, anche le ragioni che impongono l'inoculazione del malware sul dispositivo mobile, come alternativa all'utilizzo delle tradizionali microspie, nonché i luoghi e il tempo di accensione del microfono, al fine di evitare un ascolto indiscriminato e ininterrotto, a tutela della inviolabilità del dominio privato e della riservatezza del soggetto. Per espressa previsione normativa tale preventiva indicazione di tempi e di luoghi non è invece richiesta per i gravi reati citati. Dal testo della nuova normativa non è facile stabilire, se ci si dovesse attenere al dato letterale, se la preventiva indicazione di tempo e di luogo sia necessario per i delitti contro la pubblica amministrazione, avendo il legislatore attentamente distinto la disciplina di tali reati rispetto ai reati comuni, distinzione che altrimenti non avrebbe senso. Pertanto, sembra opportuno, per evitare un'interpretazione illogica, leggere il comma primo dell' art.267c.c.p. alla luce delle novità introdotte all' art. 266 comma 2-bis, il quale riconosce la possibilità di procedere alla captazione della conversazione nel domicilio a prescindere dal requisito dell' attualità della condotta delittuosa nello stesso, dunque, non sembra plausibile il requisito della determinatezza in via preventiva dei limiti spazio temporali di attivazione del

microfono, anche in considerazione dell'intento del legislatore di accostare i delitti contro la pubblica amministrazione ai delitti di criminalità organizzata e terrorismo, perciò deve considerarsi espunta dalla normativa la necessaria definizione in via preventiva dei limiti di luogo e di tempo di attivazione del microfono del captatore informatico. A seguito delle modifiche apportate, si nota come lo strumento investigativo abbia un uso più esteso, relativamente ai delitti contro la pubblica amministrazione, l'art 6 d.lgs.216/2017 ha esteso a questi ultimi reati la disciplina ordinariamente prevista per i delitti di criminalità organizzata, di cui all' art.13 del decreto legge n.152/1991 convertito in legge 12 luglio 1991n. 203⁶¹, dettata originariamente per i reati di criminalità organizzata , in un secondo momento estesa anche a reati di terrorismo e eversione dell' ordine democratico.

Si evince, infatti, che per effetto del rinvio dell'art 6 d.lgs.216/2017 ai delitti contro la pubblica amministrazione, anche a questi viene, in via derogatoria, applicato lo statuto delle intercettazioni della criminalità organizzata. La peculiarità della normativa in questione risiede nella attenuazione delle condizioni fissate dall'art 267c.p.p. per richiedere l'impegno del trojan, da un lato non serve dimostrare la assoluta indispensabilità del mezzo, essendo bastevole la mera necessità e in secondo luogo, si ritiene che gli indizi necessari per richiedere lo strumento investigativo non debbano più essere "gravi", come indicato in precedenza nel primo comma art.267 c.p.p., ma questi devono essere "sufficienti".⁶²

La durata delle intercettazioni è stata elevata di conseguenza, uniformando la disciplina anche in questo senso alle disposizioni previste per i delitti di criminalità organizzata, pertanto i limiti sono di 40 giorni, e non più di 15 giorni, come previsto per gli altri reati comuni, prorogabili, in caso del perdurare delle circostanze che ne hanno determinato la disposizione, per 20 giorni, anziché 15 giorni.

Il decreto legge 161/2019⁶³ all' art.2 ha aggiunto ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione anche i delitti commessi dagli incaricati di

⁶¹Art. 13. - 1. In deroga a quanto disposto dall'articolo 267 del codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistono sufficienti indizi.

⁶²CAMALDO L. "*Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*", in diritto penale contemporaneo, 2019, pag.7.

⁶³Decreto "sicurezza-bis"

pubblico servizio, con gli stessi requisiti di pena edittale. Un ulteriore, altrettanto importante novità in tema di intercettazioni inserita dallo stesso decreto è la previsione nel nuovo articolo 1 bis dell' art.270 c.p.p. , della rilevanza dei risultati dell' intercettazione effettuata, anche in merito all' accertamento di altri reati, diversi da quello per il quale è stato disposto il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati al comma 2-bis dell'art. 266 c.p.p. ovvero i reati di cui all' art.51 comma 3-bis e 3-quater, nonché i reati dei pubblici ufficiali, attualmente anche degli incaricati di pubblico servizio, contro la pubblica amministrazione puniti con la pena alla reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

Tramite il comma 8 della L.3/2019 si è esteso l'utilizzo dell'agente sotto copertura per i reati di corruzione, apportando una serie di modifiche, sia , come già detto, dal lato, sia dei reati presupposto, sia sulle condotte dell'agente scriminate, intervenendo a tal fine sull' art.9 L.146/2006 che delinea lo statuto giuridico dell' organo di polizia giudiziaria competente, il legislatore ha riunito ed integrato la disciplina degli agenti sotto copertura in precedenza sparsa nei diversi settori normativi interessati, traffico di stupefacenti, criminalità organizzata e terrorismo. L'ingresso dei reati di corruzione tra i reati presupposto ha determinato la modifica, al fine di adattare alla nuova tipologia delle fattispecie criminose inserite, delle condotte scriminate che l'agente sotto copertura è legittimato a compiere, al solo fine di acquisire prove in ordine ai delitti contemplati.

L' art. 9 L. 146/2006, la cui struttura non è stata modificata dalla legge 3/2019, prevede una causa di giustificazione per l'agente che svolga un'attività sotto copertura purché rispetti i seguenti requisiti:

- L' operazione deve essere disposta da organi vertice delle Forze dell'ordine.
- Gli agenti sotto copertura devono avere la qualifica di ufficiali e appartenere alle strutture specializzate o alla direzione investigativa antimafia (la scriminante tuttavia sia estende agli ausiliari e alle persone interposte).
- Le operazioni devono essere disposte al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai reati elencati.
- Sono scriminate le sole condotte tassativamente indicate dalla norma.
- L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini.

Si colgono dunque delle limitazioni soggettive e oggettive: in merito alle prime è necessaria la qualità di ufficiale di polizia giudiziaria o comunque l'appartenenza a strutture specializzate della Polizia giudiziaria, in merito alle seconde le operazioni devono essere rispettose dei limiti della propria competenza. Sulla qualità di ufficiale di polizia giudiziaria non sorgono dubbi, al contrario questi si riscontrano, in riferimento al settore della corruzione, sulla configurabilità di strutture specializzate, le quali operando nei limiti delle proprie competenze, possano svolgere attività sotto copertura, mancando a livello nazionale delle strutture apposite, destinate all'accertamento dei reati di corruzione. A tale mancanza si può supplire, ritenendo che ogni qual volta un reato di corruzione venga accertato nel contesto investigativo di un reato di cui esiste una struttura specializzata ad esempio, traffico di stupefacenti, criminalità organizzata, gli ufficiali ad essa appartenenti potranno svolgere operazioni sotto copertura.

Secondo un altro punto di vista, in assenza di strutture specializzate a livello nazionale per i reati di corruzione, si può attribuire tale qualità ai soggetti di cui all'art 56 comma primo c.p.p.⁶⁴ lett. A) a livello provinciale, le articolazioni di polizia giudiziaria al cui interno esistono gruppi con specifiche competenze nel settore della corruzione⁶⁵, con esclusione di coloro che non hanno tale specifica competenza.

Per quanto riguarda i soggetti ausiliari o persone interposte, debbono intendersi coloro i quali svolgono un'attività diretta, che costituisca il *proprium* dell'attività dell'undercover.

Persona interposta può certamente essere un agente o un ufficiale di polizia giudiziaria chiamato a coadiuvare l'ufficiale di polizia giudiziaria infiltrato, può inoltre trattarsi anche di un privato cittadino, che sia un confidente di polizia, mentre

⁶⁴Servizi di polizia giudiziaria, che si riferisce a singole unità della p.g., come ad esempio i ROS (raggruppamento operativo speciale), l'SCO (servizio centrale operativo della polizia di Stato), i RIS (reparto investigazioni scientifiche), o le varie unità antiterrorismo.

⁶⁵Il nucleo anticorruzione della GDF non ha specifiche funzioni di polizia giudiziaria e le sue competenze sono prevalentemente nel settore della prevenzione e della trasparenza, e segnatamente: in materia di prevenzione della corruzione e obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle diverse articolazioni di stato. Relativamente al comparto degli appalti pubblici elabora progetti operativi, sviluppa analisi tattica e assicura attività e supporto di conoscenze di settore: - Svolge compiti di esecuzione e di direzione operativa, nei rapporti con l'Autorità Nazionale Anticorruzione (relativamente alla vigilanza sui contratti di lavori pubblici), con il Servizio per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere (S.A.S.G.O.), con il Consiglio Superiore dei lavori Pubblici, con Terna S.p.a. e Cassa Depositi e Prestiti;

per ausiliario, si intende colui che collabora indirettamente *ab externo* con l'infiltrato, realizzando una delle condotte scriminate. Il termine ausiliario sebbene sia riferito a soggetti che abbiano specifiche competenze tecniche, che per tale motivo sono chiamati a fornire tali competenze alla polizia giudiziaria, nella materia di cui si tratta, in realtà deve considerarsi un'estensione in senso atecnico, comprendendo in tale nozione qualsiasi estraneo alle forze di polizia che venga chiamato a prestare collaborazione nell'operazione senza essere coinvolto, come persona interposta nelle attività di cui all'art. 9 d.lgs.146/2006.

Nella nozione di ausiliario, dunque, rientrano tutti i privati che possono essere chiamati a coadiuvare con le forze dell'ordine, non solo i confidenti e i collaboratori di giustizia, ma anche coloro che siano chiamati a svolgere semplici atti di supporto e collaborazione tecnica. Laddove questi soggetti, nel corso dell'operazione infiltrata si trovassero a compiere una delle condotte scriminate, verranno classificati come "persone interposte" e non come generici ausiliari. Anche nei confronti di tali soggetti operano i limiti già esposti, certamente non spettano ruoli operativi più ampi rispetto a quelli previsti per gli agenti infiltrati, dovendosi desumere dalla clausola di riserva contenuta in premessa dell'art 9 d.lgs. 146/2006 "fermo quanto disposto dall'art 51 c.p."

La clausola invoca, in ottica estensiva, la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere, quale soggiace comunque, secondo la giurisprudenza consolidata, alla condizione che si tratti di un intervento indiretto e marginale sull'ideazione e esecuzione del fatto, essendosi risolto essenzialmente in un controllo, osservazione e contenimento dell'altrui azione illecita; mentre sarebbe punibile come concorrente del reato colui che abbia apportato un coefficiente di casualità morale o materiale nella progettazione o commissione del reato.⁶⁶

I reati presupposto dell'applicazione delle operazioni sotto copertura sono assai eterogenei tra di loro, frutto di una stratificazione avvenuta nel corso del tempo, nella quale si inserisce anche la legge 3/2019.

La normativa ha aggiunto alcuni reati contro la pubblica amministrazione, ovvero il reato di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione propria,

⁶⁶AMATO G. "Infiltrato a caccia di riscontri e prove senza "provocazioni", in guida al diritto, sole24ore, 2 febbraio 2019 n.7 pag.87

induzione a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione internazionale, corruzione in atti giudiziari, traffico di influenze illecite, turbativa d'asta e turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente.

Emerge la mancata inclusione del peculato ex art. 314, lacuna contraddittoria se si considera l'inclusione del peculato internazionale ex art 322-bis c.p.

Per quanto riguarda le condotte scriminate, per effetto della dilatazione dell'ambito di applicazione della disciplina delle undercover operation ai reati contro la pubblica amministrazione, sono state previste specifiche condotte: la corresponsione da parte dell'agente infiltrato di denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, ovvero la promessa o la dazione di denaro o altra utilità a seguito della richiesta da parte di un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, o sollecitato come prezzo di una mediazione illecita o per remunerarlo, nonché attività prodromiche e strumentali.

Il legislatore ha voluto dare all'agente infiltrato un ruolo corrispondente a quello del corruttore, le cui condotte però non possono in alcun modo assumere carattere istigatorio, in ossequio al principio che limita l'attività sotto copertura al "solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti..".

La locuzione sottende in primo luogo un delitto già commesso, in particolare, la conferma si evince dalla precisazione che la corresponsione avvenga nell'esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri e che la promessa o la dazione di denaro o altra utilità seguano una richiesta fatta dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio.⁶⁷ L'esclusione della figura dell'infiltrato come agente provocatore si deve sia da un indirizzo giurisprudenziale della Corte Edu⁶⁸, reso esplicito in

⁶⁷ PADOVANI T. *"La spazzacorrotti - riforma delle illusioni, illusioni della riforma"*, in archivio penale, pagg.3-5 §2.

⁶⁸ "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto la violazione del principio dell'equo processo quando l'infiltrato ha indotto una persona a commettere il reato, non limitandosi a una condotta passiva. Leading case è la sentenza emessa nel 1998 nel caso Teixeira de Castro c. Portogallo dove la Corte ritiene la violazione dell'art. 6 della Convenzione in ragione del fatto che nel caso concreto non vi erano elementi idonei a dimostrare che il soggetto fosse predisposto a commettere un reato, attività delittuosa che non si sarebbe realizzata in mancanza dell'apporto causale degli infiltrati. Nel caso Calabrò c. Italia, nel 2002, la Corte enuncia il principio secondo cui l'infiltrato non deve determinare altri che non ne avessero il proposito a commettere un reato, principio ribadito nel 2008[19], nel 2014[20]e, da ultimo, nel 2018. Nello stesso senso, la Corte di Legittimità ha osservato che non viola l'art. 6 CEDU la condotta dell'infiltrato che si limiti a rendere palese un'intenzione criminale già esistente, fornendo l'occasione per il suo concretizzarsi" così IELO P., *"L'agente sottocopertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazione attive e passive"*, diritto penale contemporaneo. 5 Marzo 2019.

alcune sentenze, indirizzo accolto anche dalla nostra Corte di legittimità, secondo cui è ravvisabile una responsabilità penale dell' agente infiltrato, il quale abbia tramite la propria condotta incitato o indotto il pubblico ufficiale o l' incaricato di pubblico servizio alla commissione di un reato, con conseguente inutilizzabilità della prova così raccolta, essendo impedito all' agente di porre in essere condotte che esorbitino da quelle esplicitamente menzionate come scriminate nonché quelle strumentalmente connesse.⁶⁹

Sul piano processuale deve segnalarsi l'estensione a una forma peculiare di confisca ex art 322-ter c.p., che si allontana sempre di più dal carattere di misura di sicurezza, assumendo natura sanzionatoria. L' articolo in esame è di difficile coordinamento con l'articolo successivo, l'art 322-quater c.p., introdotto con la L 69/2015 e modificata con la vigente riforma.

2.3. Le novità sul piano sostanziale

Sul piano del diritto sostanziale la novità più saliente è introduzione di un meccanismo premiale ispirato al pentitismo e volto a spezzare il vincolo omertoso che lega le parti del patto corruttivo, si tratta di una causa di non punibilità (art 323-ter) basata sull'autodenuncia volontaria e alla collaborazione entro un limite temporale fissato dalla norma. Altrettanto interessante è il tentativo del legislatore di innovare, cercando di portare uno spiraglio di luce sul buio delitto di "traffico di influenze illecite" con relativa abrogazione del "millantato credito", cui si rimanda al capitolo successivo, per un'analisi più approfondita del tortuoso iter normativo che ha caratterizzato la stessa fattispecie.

Sotto il profilo sanzionatorio, vi è un significativo inasprimento della "corruzione per l' esercizio della funzione"⁷⁰, punito con la reclusione da 6 a 10 anni, attraverso cui emerge con chiarezza la volontà del legislatore, di sganciare la configurabilità del fatto dalla necessità di provare l'accordo corruttivo in relazione a uno specifico atto,

⁶⁹Sent. Sez III 9 maggio 2013 Jendoubi e altro; Sent. Sez III 7 febbraio 2014 Buruiana e altro;

⁷⁰PELLISSERO M. "Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria", in Riv. Quotidiano giuridico, 11 settembre 2018.

in questo modo, la fattispecie in esame diverrebbe da figura recessiva la figura principale della corruzione, essendo più agevole per la Procura della Repubblica contestare un fatto di corruzione ex art 318c.p., essendo in tal caso sufficiente riscontrare il mercimonio della funzione pubblica a prescindere della legittimità o meno dell'atto e la natura contraria o meno ai doveri d'ufficio, equiparando di fatto tale figura al più grave sviamento della finzione pubblica.⁷¹⁷²

La riforma Spazzacorrotti interviene anche sull' art. 316-ter "indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato" aggiungendo un ulteriore periodo all'art. 316-ter, comma 1 c.p., in base al quale "La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri." Si tratta di un'innovazione inserita all'ultimo momento nel disegno di legge, infatti nella Relazione di accompagnamento non si fa alcun cenno sulla modifica in esame, e tale circostanza induce a interrogarsi sulla *ratio* dell'intervento. L'interpolazione costituisce una modifica in senso estensivo- aggravante della cornice edittale, in linea con gli scopi della riforma, volta ad aggravare il trattamento sanzionatorio qualora il reato sia commesso da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, abusando delle proprie qualità o dei propri poteri. Prima dell'intervento normativo difatti la norma prevedeva tra i soggetti attivi solamente i privati. Tale estensione pone dei dubbi, il primo riguarda la compatibilità della condotta tipica con la pubblica funzione, difatti questa consiste con il perseguimento di contributi ecc. con l'impiego di documenti falsi materialmente o ideologicamente, ovvero attraverso l'omissione delle informazioni dovute, non si scorge come il fatto possa essere realizzato in un contesto funzionale, caratterizzato dall'abuso dei poteri o delle funzioni pubbliche. Bisogna escludere che l'abuso possa consistere nella creazione di un documento falso, condotta antecedente rispetto a quella tipica prevista dal suddetto articolo, potrà trattarsi al più di reato di falso in atto pubblico, a maggior ragione deve essere scartata l'ipotesi secondo cui l'abuso possa riferirsi al conseguimento del contributo, infine è rigettata anche l'idea dell'abuso nell'ottica di una cooperazione nel reato, mediante l'omissione di un

⁷¹V. MONGILLO V. "La legge spazzacorrotti : ultimo approdo del diritto penale emergenziale", in diritto penale contemporaneo, fasc. 5/2019, pagg. 242-245.

⁷² GAMBARDELLA M. "Il grande assente nella legge spazzacorrotti:", cit, pag. 64 ss.

controllo dovuto dal pubblico agente, poiché il tenore letterale sembra escluderlo in maniera categorica, richiedendo necessariamente una condotta attiva. In definitiva, il reato di indebita percezione di erogazioni a danno di un ente pubblico o dell'Unione europea, commesso da un pubblico funzionario o un incaricato di pubblico servizio, non riesce a trovare uno spazio applicativo né sotto il profilo dell'art. 316-ter c.p. e neppure sotto il profilo dei reati propri di falso ex art. 476 ss. c.p. o abuso di ufficio⁷³. In relazione al secondo, ci si chiede se possa configurarsi come una figura autonoma di reato o una circostanza aggravante speciale ad efficacia speciale. Le conseguenze che potrebbero scaturire dall'una o dall'altra configurazione sono profondamente diverse: qualora si trattasse di una circostanza aggravante, questa diverrebbe oggetto in sede processuale di un bilanciamento a norma dell'art 69 c.p. con altre circostanze attenuanti rinvenibili dal caso concreto, con la possibilità di neutralizzazione della stessa. Al contrario, qualora si trattasse di un'autonoma fattispecie di reato, le circostanze attenuanti potrebbero certamente alleviare il trattamento sanzionatorio, a monte però di una cornice edittale più alta. Secondo l'orientamento maggioritario deve ritenersi una ipotesi aggravante, poiché procedendo attraverso un ragionamento a contrario, qualora il legislatore avesse voluto dar vita a una autonoma fattispecie, lo avrebbe fatto inserendo un nuovo articolo. Di conseguenza, al reato di indebita percezione di erogazioni in danno dello Stato non sarà più applicabile la circostanza aggravante comune di cui all' art.61n. 9 c.p.(l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto), poiché tale articolo presenta al comma iniziale una clausola di riserva che ne esclude l'operatività nel caso le circostanze descritte costituiscano già elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali.

In relazione al reato di peculato, dovrebbe escludersi un concorso apparente di norme tra la fattispecie di cui all' art. 316-ter comma 1 nella forma aggravata ad opera della riforma e il delitto di peculato, facendo riferimento, il primo comma, al concetto di "rimborso" come formula di chiusura rispetto alle "altre erogazioni dello stesso tipo comunque denominate". Il delitto di peculato richiede una condotta "appropriativa"

⁷³In tal senso SEMINARA S. *"Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata"*, in diritto penale e processo fasc.5/2019 pag.593 s.s.

per cui il soggetto agente si trova già in una relazione qualificata con la cosa, di proprietà dell'ente pubblico al quale appartiene, e nel servirsi di tale bene ne rompe il rapporto funzionale.

Le condotte tipiche sono chiaramente distinte, da un lato infatti il peculato prevede "l'appropriazione", dall'altro l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato prevede un "conseguimento" concetti che tra di loro non sono sovrapponibili.⁷⁴

Fulcro della novità legislativa si riscontra nell'inasprimento delle pene accessorie, le quali devono essere inquadrare nell'ambito del disegno costituzionale, è necessario a tal fine una lettura integrata della funzione rieducativa della pena, con i principi della personalità della responsabilità penale. Risultano di fatto orientate esclusivamente alla repressione, soprattutto le sanzioni interdittive: queste di fatto negano uno scopo rieducativo e di reinserimento sociale ma mirano a paralizzare la pericolosità. La riforma del 2019 introduce all'art. 317-bis⁷⁵ c.p. accanto all'interdizione dai pubblici uffici, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione⁷⁶ e amplia il catalogo di reati presupposto ai quali tali pene risultano applicabili. Le due pene accessorie previste dal riformato art. 317-bis c.p. conseguono – oltre alle condanne per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 319, 319-ter – anche a quelle per i delitti di cui agli artt. 318, 319-bis, 319-quater, co.1, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis c.p.

La durata delle pene accessorie inflitte con una pena alla reclusione fino a 2 anni va dai 5 ai 7 anni, per quanto riguarda invece la possibilità di contrattare con la pubblica amministrazione si passa dai 5 anni alla perpetuità per la maggior parte dei delitti

⁷⁴Così VERRUCCHI M., *"L'interpolazione normativa dell'art.316ter comma 1 c.p. nella riforma cd."Spazzacorrotti"* in *discrimen.*, 26 febbraio 2019, pagg.1-3.

⁷⁵La 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.

L'articolo è stato inserito dalla L.86/1990, prevedeva l'applicazione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, solamente nel caso di concussione e peculato. L'articolo è stato successivamente modificato dalla L. 190/2012, comportando l'aggiunta della fattispecie di corruzione propria e corruzione in atti giudiziari.

⁷⁶Prima della riforma compariva solamente tra le disposizioni di parte generale all'art.32quater c.p.

contro la P.A. qualora sia irrogata una pena principale superiore ai 2 anni di reclusione. Come può notarsi rientrano nel catalogo dei reati presupposto, ai fini della applicazione della pena accessoria, non solo i gravi reati di concussione e corruzione ma altresì il traffico di influenze illecite, caratterizzato da un disvalore oggettivo chiaramente minore rispetto ad altre fattispecie ben più gravi.

La disciplina delle pene accessorie appare contraddittoria rispetto a quanto previsto dalla Corte Costituzionale, la quale ha sancito la legittimità costituzionale delle pene “fisse” a condizione che la sanzione risulti ragionevolmente equiparata all’intera gamma delle condotte riconducibili allo specifico reato per il quale è prevista la pena “fissa”. In effetti la previsione di trattamenti sanzionatori identici e indifferenziati in relazione a fatti aventi un disvalore eterogeneo oltre ad essere in contrasto con il principio di uguaglianza, contrasta anche con il principio rieducativo della pena, basato sul fatto che il condannato non senta come assolutamente sproporzionata la sanzione penale, rispetto alla gravità del fatto, tanto da ritenerla ingiusta⁷⁷. Quest’ultima misura, può essere applicata anche come misura cautelare interdittiva, e pertanto prima della condanna definitiva. Il rafforzamento delle sanzioni accessorie rischia perciò di non essere appagante né dal punto di vista dei principi costituzionali né sul piano politico – criminale, soprattutto per il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, che avendo come destinatari le persone fisiche avrà non solo scarsa capacità deterrente ma anche ostativa in merito alla reiterazione del reato, visto che nelle organizzazioni complesse risulterà agevole” aggirare” l’ interdizione, ridistribuendo i compiti dell’ interdetto e affidandoli a una persona di fiducia. Da questo punto di vista sembra più efficiente la sanzione interdittiva a carico degli enti.⁷⁸

La modifica dell’art. 317-bis, porta non solo ad ampliare la platea dei soggetti alle quali è applicabile la pena accessoria, ad oggi estesa anche agli incaricati di pubblico servizio e ai privati corruttori⁷⁹, ma nell’ introdurre il divieto di contrattare con la

⁷⁷CINGARI F.” *Sull’ ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*”, legislazione penale,2019.

⁷⁸MONGILLO V.” *La legge spazzacorrotti*” Cit. pag.272 ss.

⁷⁹Cassazione penale sez. VI, 12/09/2018, n.5457 “In tema di corruzione, non trova applicazione nei confronti del corruttore la pena accessoria dell’interdizione perpetua dai pubblici uffici in caso di condanna per fatti commessi prima dell’entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3, dal momento che l’art. 317-bis c.p., nel testo antecedente alla novella, non conteneva alcun riferimento alla fattispecie di reato disciplinata dall’art. 321 c.p.”

P.A. e l'interdizione dai pubblici uffici ne prevede l'applicazione anche laddove il soggetto abbia proceduto a collaborare ex art 323-ter c.p., o in presenza della circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto⁸⁰, le stesse pene giungono a un minimo di un anno e a un massimo di cinque anni nel caso in cui sia stato applicato il suddetto istituto, ovvero nel caso in cui si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa venisse portata a conseguenze ulteriori, per assicurare la prova dei fatti, e per l'individuazione degli altri responsabili, ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite ai sensi dell' art.323-bis c.p.

Sempre con lo scopo di recuperare l'effettività delle pene accessorie,⁸¹ il legislatore è intervenuto sulla sospensione condizionale della pena, attraverso la riformulazione dell'art. 166 c.p.p., introducendo una deroga nella parte in cui prevedeva che gli effetti della sospensione condizionale fossero estesi anche alle pene accessorie. A seguito della modifica del primo comma dello stesso articolo, il giudice può, nel caso di condanna per peculato comune (art.314 c.p.), concussione (art 317 c.p.), corruzione funzionale (art.318 c.p.), corruzione propria (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art 319-ter c.p.), induzione indebita (art. 319 quater c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), istigazione alla corruzione (art.322 c.p.), corruzione internazionale (art. 322-bis c.p.) e traffico di influenze illecite (art.346-bis c.p.) disporre che la sospensione non estenda i suoi effetti alle pene accessorie. Pertanto con la nuova disciplina rientra nella discrezionalità del giudice l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dei pubblici uffici, e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, alla presenza di una condanna per uno dei gravi reati rientranti nel sottosistema corruttivo. In questo modo si è cercato di eliminare gli automatismi in precedenza previsti, di fronte ai reati contro la pubblica amministrazione, scindendo la sorte della pena principale da quella della pena accessoria. Vi è poca chiarezza sui criteri ex art. 166 c.p. ai quali il giudice dovrà conformare la sua discrezionalità. Ci si chiede come mai il legislatore abbia creato un siffatto regime speciale che crea dubbi in termini di ragionevolezza, considerato che tale disciplina non è prevista per altri reati, anche di maggiore gravità rispetto ai delitti contro la pubblica amministrazione. A destare

⁸⁰CINGARI F., cit., pag.42

⁸¹GAMBARDELLA M. "Il grande assente nella legge spazzacorrotti" Cit., pag 52

perplexità non è la previsione di scorporare le pene accessorie dalle pene principali, ma è il fatto che ciò non trova applicazione rispetto a ben più gravi delitti.⁸²

Sempre in materia di sospensione condizionale, è apportata un'ulteriore modifica al quarto comma dell'art 165 c.p., riguardante gli obblighi del condannato per poter accedere all'istituto, in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione: il condannato per usufruire della misura, dovrà procedere al previo pagamento ex art 322 quater c.p. della riparazione pecuniaria in favore della pubblica amministrazione, pari al prezzo o al profitto del reato. In verità tale obbligo era già in precedenza previsto dalla L.69/2015⁸³, la novella completa un'evidente lacuna del testo normativo del 2015, in quanto estende l'obbligo di pagamento anche al privato corruttore. Per apprezzare la modifica è necessario osservare il testo dell'art.322 quater nella versione del 2015, che prevedeva l'imposizione con la sentenza di condanna del pagamento, a titolo di sanzione patrimoniale, pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio. Si trattava di un importo tutto sommato esiguo, essendo la tangente di gran lunga inferiore rispetto al profitto del reato. Alla luce di tale considerazione, può risultare senza dubbio ragionevole la modifica apportata dalla L 3/2019, poiché introducendo accanto al prezzo anche il profitto determina l'estensione del perimetro della sanzione patrimoniale sino all'intera area dell'illecito, soprattutto per i reati come la corruzione dove non vi è la sovrapposibilità tra il "prezzo" corrisposto al corrotto e i vantaggi tratti o sperati per il corruttore. E' da attendersi quindi che il corrotto corrisponderà quanto ottenuto dal privato, e quest'ultimo verserà il *tantundem* del profitto.⁸⁴

Nello stesso senso della sospensione condizionale è la modifica dell'art. 445c.p. sulla disciplina delle pene accessorie a seguito della richiesta di patteggiamento. Il legislatore ha inserito il comma 3 bis, secondo cui nei procedimenti per i più gravi

⁸²PELLISSERO M. "Le nuove misure di contrasto alla corruzione", Cit.

⁸³«nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319ter, 319quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque 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 un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno».

⁸⁴In tal senso CISTERNA A., "Interdizione e denaro percepito a rischio tenuta", guida al diritto, n7/2019 pag.65

delitti contro la pubblica amministrazione, la parte, nel formulare la richiesta di patteggiamento, può subordinarne l'efficacia:

A) esenzione delle pene accessorie ex art 317-bis c.p., divieto di contrattare con la P.A., interdizione dai pubblici uffici.

B) oppure qualora siano applicate le suddette pene accessorie, può chiedere di estendere gli effetti della sospensione condizionale anche a queste.

Nel caso in cui il giudice rifiuti di estendere gli effetti della sospensione condizionale alle pene accessorie, oppure decida di applicare le pene accessorie, rigetterà la richiesta di parte. Si è aggiunto un comma 1-ter all' art 445 c.p.⁸⁵ che ha la funzione di assegnare alla discrezionalità del giudice penale l'applicazione delle pene accessorie⁸⁶ previste dall'art. 317-bis c.p.(interdizione dai pubblici uffici e divieto di contrattare con la P.A.), in caso di applicazione della pena su richiesta per uno dei reati contro la pubblica amministrazione inclusi nell'elenco sopraccitato.⁸⁷ Si introduce, al primo comma dello stesso articolo, la possibilità di infliggere pene accessorie anche in caso di patteggiamento⁸⁸ per una condanna inferiore a due anni di reclusione, in deroga a quanto previsto nella prima parte dello stesso primo comma⁸⁹, disincentivando la richiesta di accesso all'istituto e di conseguenza ridurne l'efficacia deflattiva. In questa direzione si è parzialmente modificato l'istituto della "riabilitazione", prevedendo una deroga a quanto stabilito dall' art.178 c.p., che

⁸⁵GAMBARDELLA M. *"Il grande assente nella legge spazzacorrotti:"* cit., pag. 53 ss.

⁸⁶LUDOVICI L. *"Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge spazzacorrotti"*, in diritto penale e processo, fasc.6/2019, pgg.762 ss. "Il divieto di applicazione delle pene accessorie si inserisce, in realtà, in termini a sua volta derogatori della disciplina generale delle pene accessorie: queste ultime infatti sono concepite dalla legge alla stregua di un effetto automatico della condanna penale, un effetto cioè che, dal punto di vista dell' an, risulta, di norma, sottratto alla discrezionalità del giudice investito semmai del compito - nei casi in cui la pena principale si collochi al di sotto della soglia oltre la quale la pena accessoria consentita è soltanto quella perpetua - di determinarne l'entità con, in alcuni casi, la possibilità al più di sospenderne condizionalmente l'esecuzione nei casi di concessione del beneficio ex art. 163 c.p.".

⁸⁷IBIDEM

⁸⁸Ciò vale anche per il rito abbreviato, la Cassazione con Sent. Cass. Sez. VI 6 Febbraio 1992- 11 marzo 1992 n2523, stabiliva che "la diminuzione prevista per la celebrazione del processo con rito abbreviato ha genesi processuali e finalità che non la rendano assimilabile ad una circostanza attenuante. Ne deriva che, qualora venga inflitta per il reato di concussione una pena inferiore a tre anni di reclusione in conseguenza dell'applicazione di detta diminuzione, la condanna importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, derivando l'applicazione dell'interdizione temporanea solo da una riduzione di pena conseguente al riconoscimento di una circostanza attenuante."

⁸⁹Nella versione previgente, l'art. 445, comma 1, c.p.p. sanciva, infatti, il generale divieto di applicazione delle pene accessorie nei casi in cui la pena applicata fosse contenuta nel limite di due anni di reclusione soli o congiunti a pena pecuniaria.

costituisce regola generale in materia. L' art. 178 c.p. prevede che la riabilitazione estingue le pene accessorie, salvo che la legge disponga diversamente. Il legislatore introducendo un nuovo ultimo comma all' art. 179 c.p. stabilisce che la riabilitazione concessa sulla scorta dello stesso articolo 179 c.p. non produce effetti sulla pena accessoria perpetua. Pertanto, vi è l'aumento del limite temporale per richiedere la riabilitazione in caso di condanna a pene accessorie perpetue, infatti si è previsto che decorso un termine non inferiore a 7 anni dalla riabilitazione, qualora il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta.

Da notare che la nuova legge interviene anche nell'ambito del diritto penitenziario, viene altresì novellato, l'art 47 ord. pen. al comma 12 relativo alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale escludendosi che l'esito positivo della stessa possa determinare l'estinzione delle pene accessorie. Queste ultime due novità legislative sembrano consacrare una sorta di "presunzione legislativa" di pericolosità che dipende unicamente dalla natura del reato commesso, sembrano quindi collidere con il principio costituzionale di cui all' art 27 Cost. ovvero della funzione rieducativa della pena e con la necessità che il trattamento sanzionatorio anche in relazione alle pene accessorie sia sempre individualizzato.

Sul fronte della riparazione pecuniaria⁹⁰, questa, restituisce l'idea di un sottosistema interamente votato all' intimidazione. Già prima della odierna riforma, tale misura aveva ben poco di riparatorio ⁹¹oltre ad essere obbligatoria per il condannato e inflitta

⁹⁰MONGILLO V. "legge spazzacorrotti" cit., pag. 248

⁹¹SESSA A. "La premialità nascosta nel diritto penale del processo" in IASEVOLI (a cura di) "La cd".legge spazzacorrotti" croniche innovazioni tra diritto e processo penale", Bari , 2019, pag.108. "Essa infatti traducendosi nella corresponsione di una somma "ristoratrice", ma distinta dalla sanzione penale in senso proprio che dal risarcimento del danno, rinviene le sue origini nella riproposizione di uno spazio sanzionatorio, strutturalmente autonomo rispetto alle altre possibili conseguenze giuridiche, proprio perché commisurato su parametri diversi, il cui comune denominatore finiva per concentrarsi sulla valutazione del grado di offensività del fatto."

Diversamente sulla natura ripristinatoria afflittiva BIANCHI D. "Lo strano caso dell'art. 322-quater c.p. tra statica e dinamica dei paradigmi sanzionatori" in riv. Cassazione penale fasc.12/ 2019, pag.4572 ss. "Aggravare il già pesante armamentario sanzionatorio posto a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, ma al tempo stesso diviene segno tangibile della retroversione "di ciò che si è indebitamente guadagnato a spese della collettività", sì da "riparare il senso di smacco e di demoralizzazione che viene inferto alla collettività dalla notizia di certi abusi pubblici", successivamente osserva," la sostanza afflittiva sembra cozzare con il *nomen iuris*, la prossimità alla reazione punitiva di marca pubblicistica sembra confliggere con la sua destinazione a beneficio della singola amministrazione lesa dall'illecito; la sua espressa cumulabilità sia con la pena in senso stretto sia con il risarcimento del danno contribuisce ad alimentare l'imbarazzo."

quindi a prescindere da una richiesta del danneggiato del reato, si accompagnava anche al risarcimento della P.A. lesa dal reato, importava la messa a disposizione da parte del pubblico agente di quanto “ricevuto indebitamente”. Appare evidente il messaggio che il legislatore, con la L.69/2015 in materia di riparazione pecuniaria, uscendo dall’ originaria promiscuità della natura dell’istituto, ha voluto lanciare sul piano politico criminale: il crimine non paga. Alla riparazione pecuniaria, in senso tecnico rispetto al passato, riconosce una funzione intimidativo-deterrente. La riparazione pecuniaria prevista dalla L.69/2015 era riferibile esclusivamente ai soggetti investiti di una qualifica pubblicistica, è evidente sotto tale profilo l’aporia sistemica, poiché mirando alla ristorazione del pregiudizio sofferto dalla pubblica amministrazione dal comportamento infedele del suo dipendente, ha finito per introdurre una ingiustificabile disparità trattamentale tra corrotto e corruttore privato. Con la legge 3/2019 è estesa anche al privato proprio al fine di eliminare la disparità trattamentale, sopra evidenziata, tra i protagonisti dei reati in questione. La stessa legge interviene con l’intento di semplificare le difficoltà legate alla determinazione dell’ammontare della pena patrimoniale accessoria dell’art. 322-quater del 2015, derivanti dal dato normativo facente riferimento al “quanto indebitamente ricevuto” che seppure calzante per i reati di corruzione, desta dei dubbi per il reato di peculato, improprietà linguistica superabile solo intendendo il “ricevuto” come ricavato dalla commissione del delitto, ma anche dalla semplice promessa⁹². Considerata la vastità delle misure patrimoniali previste dal legislatore: varie ipotesi di confisca, diretta o equivalente, sanzionatoria e preventiva, semplice o allargata, per sottrarre al reo il provento dell’attività criminosa ai danni della pubblica amministrazione, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, tutte le citate misure si propongono di contrastare la corruzione favorendo la riduzione motivazionale del crimine lucrativo. E’ opportuno cogliere nella ricostruzione della riparazione pecuniaria, una pluralità di istituti, di natura penalistica, che insieme al risarcimento del danno, si fanno espressione di opzioni di politica criminale razionale e per lo più simbolica. Difatti la riparazione pecuniaria è destinata, sotto il profilo razionale, alla ricomposizione del conflitto sociale prodotto dal reato, sotto il profilo simbolico, la pena accessoria

⁹²Così ROMANO M. “*I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*”, cit., pag.342 ss.

integra una pena patrimoniale “accessoria” a destinazione pubblica, prevista come conseguenza dell’offesa arrecata alla collettività con la commissione del reato, pertanto una pena simbolica” nascosta”⁹³.

Il rischio di una sostanziale sovrapposizione contenutistica⁹⁴, si presenta come il risultato di una mal celata dal legislatore, tensione rigoristica nella lotta alla corruzione⁹⁵, a cui si accompagna una divergenza tra gli scopi dichiarati. Da un lato una misura riparatoria non subordinata a una richiesta della persona offesa e svincolata dalla volontà del reo cela una tensione punitiva, sublimata dall’applicabilità nel caso di più autori del reato a tutti i compartecipi. Dall’altro lato una misura ablatoria, la confisca per equivalente ex art 322-ter c.p., asseritamente punitiva, ma che in realtà tradisce una funzione preminentemente riequilibratoria, come ribadito dalla giurisprudenza, preoccupata inoltre di evitare una duplicazione sanzionatoria. Nella riparazione pecuniaria il vantaggio indebito è mero criterio per stabilire l’ammontare della sanzione, mentre nella confisca (per equivalente) è l’oggetto stesso, perciò se tale oggetto venga meno per qualsiasi ragione come ad esempio la restituzione spontanea dell’indebitamente percepito, viene meno la ragione applicativa. Su tale ribaltamento di scopi la nuova normativa è intervenuta, estendendo il perimetro soggettivo e oggettivo della misura patrimoniale applicabile d’ora in avanti non solo al pubblico ufficiale o all’incaricato di un pubblico servizio ma estendendola anche al privato corruttore ex 321 c.p. o “indotto” ex 319-quater c.p. ed equivale al “prezzo o profitto del reato” ovvero lo stesso valore sul quale ricade anche la confisca per equivalente. Dunque la riformulazione dell’art 322-quater acuisce gli stessi dubbi suscitati già dalla novella del 2015 in merito alla violazione del *ne bis in idem* sostanziale per l’applicazione congiunta di misure

⁹³In tal senso SESSA A.cit, pag.116 ss.

⁹⁴Osserva in tal senso MAZZACUVA F. in “*Le pene nascoste*”, Giappichelli, Torino, 2017 pag.197 “non si può trascurare, inoltre, che la prospettiva ripristinatoria presupporrebbe una perfetta sussidiarietà della misura rispetto agli altri istituti volti alla ricomposizione delle conseguenze patrimoniali dell’illecito, ma tale soluzione emerge in modo del tutto frammentario nella attuale legislazione che prevede addirittura forme di “triplicazione” delle conseguenze asseritamente riparative.”

⁹⁵ Secondo ROMANO M. cit., pag.346 “Da ricondurre proprio ad una riparazione pecuniaria che non è sospensibile e non è patteggiabile, dal momento che proprio al suo pagamento è subordinata la concessione della sospensione condizionale ex art.165 c.p., nonché l’ammissibilità della richiesta del patteggiamento alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato ex art.444 comma 1-ter c.p., coincidente, in assenza di alcun riferimento alla riparazione, con quanto esatto della confisca ex art. 322- ter c.p..

aventi seppur diversa denominazione lo stesso scopo sanzionatorio. Sanzioni alle quale potrebbe aggiungersi il risarcimento del danno da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, es. danno erariale, danno all'immagine della pubblica amministrazione, danno patrimoniale dando vita a un apparato sanzionatorio tanto esasperato quanto irragionevole. L'elemento scriminante che si evince dal testo normativo tra le due misure riguarda il presupposto applicativo, essendo la misura riparatoria applicabile con la sentenza di condanna mentre la confisca può essere prevista anche in caso di "applicazione della pena su richiesta delle parti" a norma dell'art. 444 c.p. p. Emerge dunque da un'attenta lettura una volontà premiale inaspettata del legislatore cioè un ulteriore incentivo al patteggiamento consentendo all'imputato già in sede di indagini preliminari di sfuggire al duplice esborso equivalente al profitto illecito ottenuto dalla commissione del reato⁹⁶. E' opportuno considerare che l'accesso al patteggiamento è comunque rimesso, a seguito della novella del 2015 al versamento integrale del "prezzo o del profitto del reato" ex comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p.⁹⁷ che però omette di menzionare gli art. 320 c.p. e 321 c.p., risulta applicabile dunque al solo pubblico ufficiale. Ma tale restituzione ovviamente surrognerà, ovvero sarà assorbita dalla confisca obbligatoria anche in caso di patteggiamento del prezzo o del profitto del reato ai sensi dell'art. 322ter c.p.⁹⁸ Per quanto riguarda la confisca all'art. 322⁹⁹ter c.p. la progressiva perdita della natura di misura di sicurezza a scapito di quella sanzionatoria è chiara poiché questa è applicabile anche in caso di prescrizione del reato, con l'attribuzione al giudice, del potere di accertare il fatto solo ai fini della

⁹⁶In tal senso anche SESSA A. cit. pag. 118-119 "è possibile eludere solo attraverso forme di premialità nascosta alle quali lo stesso art. 322-quater c.p. nel subordinare la sanzione alla sentenza di condanna, pure induttivamente contribuisce con la possibilità sistematica di ricorrere alla definizione anticipata del processo, mediante una confisca patteggiata ai sensi dell'art. 322-ter c.p." poi, successivamente aggiunge: "infatti lo stesso surplus punitivo simbolico che lo caratterizza sembra volto strumentalmente ad alimentare un rapporto di non alternatività tra confisca ex art. 322-ter c.p. e riparazione pecuniaria, che ispirando una premialità "occulta" tende a ridurre la motivazione lucrativa al reato attraverso un recupero di razionalità indiretta nell'ambito di una disciplina cui il crimine oltre a non pagare può, ma solo in caso di sentenza di condanna, pagare due volte".

⁹⁷In senso contrario Cassazione penale sez. VI, 14/03/2019, n.12541 "In materia di reati contro la pubblica amministrazione, il patteggiamento di una pena detentiva anche nella forma cd. allargata preclude l'applicazione della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-quater c.p., presupponendo la norma la pronuncia di una "sentenza di condanna" propriamente detta, cioè resa a seguito di rito ordinario o abbreviato."

⁹⁸In tal senso MONGILLO V. "Legge spazzacorrotti" cit., pag.289

⁹⁹CINGARI F." *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*", cit.

confisca.¹⁰⁰ Il legislatore nel prevedere ,come di seguito, la modifica dell' istituto della prescrizione, finisce infatti per travolgere gli art 578 c.p.p. e 578-bis c.p.p., norme cardine in materia di gravame. In base al primo articolo, “quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati da reato, a favore della parte civile” prima il giudice di appello e poi la corte di cassazione “nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione” devono decidere “sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili”. Per il secondo articolo, rubricato “Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione”, “quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato”.

Le norme sono ispirate dalla stessa *ratio*: impedire che il non *liquet*, conseguenza dell'inefficienza del sistema processuale, che non riesce a intervenire prima dei limiti temporali fissati dall' art. 157 ss. c.p. frustri gli interessi del danneggiato dal reato costituitosi parte civile, nel primo caso, mentre nel secondo, dello Stato che laddove mancasse all' esito dell'appello una espressa statuizione sulla confisca non potrebbe acquisire i beni sproporzionati rispetto alla produzione del reato dell' autore del reato ai sensi dell' art.240-bis c.p.

Condizione necessaria a tal fine è l'accertamento nella sentenza di condanna di primo grado di un fatto di reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi.¹⁰¹

¹⁰⁰CINGARI F. “Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione” , cit.

¹⁰¹VARRASO G. “La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n.3 del 2019(cd ”spazzacorrotti”) trasforma gli art 578 e 578-bis c.p. in una disciplina “a termine” in diritto penale contemporaneo, 2019.

2.4. La riforma dell'istituto della prescrizione

Il provvedimento prevede anche una parziale, ma significativa riforma dell'istituto della prescrizione del reato, attraverso la modifica degli artt. 158, 159 e 160 c.p., con un intervento che investe il profilo del decorso del termine di prescrizione del reato, tanto sul lato del *dies a quo* quanto, e soprattutto, su quello del *dies ad quem*:

– per quanto riguarda il *dies a quo* della prescrizione, l'intervento ripristina nell'art. 158, comma 1, c.p. la regola, soppressa dalla l. 251/2005 (conosciuta come legge ex Cirielli), in base alla quale il termine di prescrizione nel caso di reato continuato decorre dal momento in cui cessa la continuazione e non più, pertanto, dal momento in cui è commesso ciascuno dei reati avvinti dalla continuazione; l'esito è di spostare in avanti il momento in cui il reato si prescrive;

– per quanto riguarda il *dies ad quem* del decorso del termine di prescrizione del reato, viene per la prima volta previsto che il corso della prescrizione resta sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto penale di condanna (indipendentemente dall'esito, quindi, di condanna o di assoluzione) fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o di irrevocabilità del decreto di condanna.

La ratio dell'istituto si fonda sull' oblio che deve cadere sul reato in questione qualora lo Stato con la sua inerzia manifesti il mancato interesse alla sua persecuzione. Il modello di prescrizione introdotto dalla norma è mutuato dal sistema Tedesco che prevede oltre a atti interruttivi legati ad attività della giurisdizione anche l'imprescrittibilità del reato una volta intervenuta la sentenza di primo grado. Si tratta di un rimedio radicale inserito dal legislatore per porre un argine alla problematica, riscontrabile nella percentuale dei procedimenti prescritti dopo la sentenza di primo grado. La novella sembra far riferimento in maniera impropria alla "sospensione" del termine di prescrizione, poiché una volta intervenuta la sentenza di condanna o il decreto penale di condanna, l'istituto della prescrizione risulta di fatto inoperante.

Dal punto di vista critico, una soluzione del genere, sfavorevole all' imputato, che per dettato costituzionale deve essere presunto non colpevole sino a condanna definitiva, contrasta dunque con l'art. 27 comma 2 Cost. la riforma della prescrizione

operata dalla Legge Spazzacorrotti, si pone in linea di continuità con la Riforma Orlando ex L. 103/2017, la quale aveva già previsto una nuova forma di “sospensione” ma ispirata a una ratio diversa, prevedendo però un tempo massimo di sospensione di un anno e sei mesi in appello e per lo stesso termine per il giudizio in Cassazione, limitatamente alle sentenze di condanna; essa operava perciò solamente in sfavore di condannati in primo grado o secondo grado, introducendo così una disciplina gravemente sospetta di illegittimità costituzionale. Con la L.3/2019 il legislatore supera i temperamenti volti a escludere la prescrizione dopo la sentenza di primo grado della norma precedente, assume un obiettivo diverso rispetto a quest’ultima, la quale con la sospensione della prescrizione solo in rapporto a condanne sembrava mirata verso uno scopo conservativo della pronuncia in vista di una condanna definitiva. L’obiettivo preso di mira con l’ultima novella in materia, sembra piuttosto quello di procedere in ogni caso all’ accertamento della verità processuale, si vuole garantire l’accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità in ogni caso, anche se tale accertamento desse luogo ad una assoluzione. La recente riforma presuppone un’idea di “giustizia infinita” di carattere retributivo-satisfattorio, tanto populisticamente seducente quanto ciecamente indifferente al fluire del tempo, con esiti grotteschi in rapporto ad obiettivi razionali di prevenzione, ma lesivi delle libertà fondamentali della persona destinata a rimanere sotto procedimento penale per tempi lunghissimi. In relazione alla prescrizione vengono in rilievo due ulteriori fondamenti, uno legato al finalismo rieducativo in una prospettiva personalistica, l’altro connesso alla tutela della persona dalla sofferenza conseguente alla soggezione al procedimento penale e ai pregiudizi per i diritti individuali, da cui deriva l’esigenza della ragionevole durata del procedimento. Sotto il primo profilo, la ratio della prescrizione si è da tempo ricondotta al dato secondo il quale con il passare del tempo, inevitabilmente il reo è comunque divenuto “un’altra persona”¹⁰² quindi per ragioni general preventive e di proporzione, in ragione della gravità del reato che si è commesso, l’ordinamento rinuncia alla punizione, in vista del preminente interesse ad evitare la desocializzazione. Una risposta sanzionatoria,

¹⁰²Così PALAZZO F., “*Corso di diritto penale*” p. 626, secondo cui la distanza temporale dal fatto attenua il rapporto di “appartenenza personale” tra il reo e il reato. così anche GIUNTA-MICHELETTI “*Tempori cedere*”, Torino, Giappichelli pag.31, che sottolinea come una parte cospicua della letteratura moderna, ritrova nel cambiamento il fondamento logico razionale della prescrizione penale

dopo che sia trascorso un lungo tempo dalla commissione del fatto non risponderebbe più all' esigenza di prontezza della pena e dall' altro lato risulterebbe privo di senso nella prospettiva del reinserimento sociale, oltre che contrastante con il principio di cui all' art. 27 comma 1 e 3 della Costituzione.¹⁰³ Il fondamento special preventivo non dovrebbe mai operare a sfavore dell' imputato: il termine di prescrizione non dovrebbe essere prolungato per ragioni di prevenzione speciale oltre quello ritenuto congruo dal punto di vista general preventivo. In caso contrario, tendere l'istanza di prevenzione speciale in chiave sfavorevole all' imputato, significa approdare ad un diritto penale d'autore così come è avvenuto con la L. 251/2005 in riferimento alla diversa disciplina della corruzione nei confronti di chi è asserito recidivo.

In merito al secondo profilo, *la ratio* della prescrizione appare legata, sul piano processuale alla ragionevole durata del processo, garanzia del massimo contenimento temporale della soggezione dell'imputato ad un procedimento penale, a causa dell'invasività insita nello stesso e della compressione che genera sui diritti fondamentali dell'individuo. A tale principio è riconosciuto rilievo costituzionale non solo in riferimento all' art. 111 Cost. ma anche all' art. 27 comma 2 e 3 e più in generale agli artt. 2,3 e 13 Cost. che delineano il primato assoluto dei diritti della persona nel nostro ordinamento. Un procedimento penale eccessivamente lungo è un procedimento inumano dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, allo stesso tempo inefficiente che mina la fiducia dei consociati nell' ordinamento¹⁰⁴.

La nuova disciplina della prescrizione introdotta con L. 3/2019 alla luce di quanto fino ad ora esposto, appare in contrasto con tutti i principi costituzionali richiamati. Eliminando l'operatività della prescrizione dopo il primo grado di giudizio si

¹⁰³Così anche GIUNTA F. – MICHELETTI D. “*Tempori cedere*”, cit., pag. 32 “le radici culturali di questa impostazione affondano chiaramente nella logica della prevenzione sociale: vale a dire in quella “tendenziale finalità rieducativa” che l'art. 27 comma 3 Cost. assegna precipuamente alla pena e che sarebbe fortemente pregiudicata se non addirittura compromessa, là dove la risposta sanzionatoria non venisse irrogata con prontezza”.

¹⁰⁴Così anche l'Unione delle camere penali “Con simili specifiche prospettive di riforma del processo penale, si segna evidentemente una distanza ancor maggiore da quelle linee di coerenza del nostro sistema processuale con i valori costituzionali e convenzionali del “giusto processo”. L'allungamento ulteriore, definitivo ed incontrollabile dei termini di prescrizione non solo contrasta con la ragionevole durata del processo e con la presunzione di innocenza, ma distrugge del tutto il senso del processo di appello che viene abbandonato a tempi non più regolati dai termini prescrizionali, spostando l'asse dell'accertamento giudiziario sul solo primo grado (quello più esposto all'influenza mediatica delle indagini), con l'indebolimento di ogni successivo e tempestivo controllo di merito e di legittimità”. Roma 2 luglio 2018

consente di mantenere l' imputato sotto il giogo di un procedimento penale che potrebbe durare ancora per molti anni, con irrimediabile sacrificio della dignità e delle libertà fondamentali, di persone che sono divenute ormai diverse da quelle che erano all' epoca della commissione del fatto, lo stesso fatto che ormai la collettività non avverte più allarmante, essendo inevitabilmente superato da fatti di reato più attuali. Il blocco della prescrizione è previsto indifferentemente dalla gravità del reato posto in essere e per tale motivo le conseguenze deteriori esposte, possono riverberarsi anche su soggetti presumibilmente autori di fatti di minore gravità, ad esempio procedimenti per contravvenzioni o delitti di modesta gravità, sui quali la prescrizione ha sinora svolto una funzione positiva di economia processuale, contribuendo a ridurre il carico della giustizia penale. Il blocco della prescrizione appare del tutto slegato dalla difficoltà di accertamento del fatto, argomento invocato a sostegno della riforma. Il blocco, seguendo tale ratio avrebbe spiegato i suoi effetti in secondo grado solamente per procedimenti molto complessi e non in maniera indiscriminata, inoltre sotto questo profilo è bene considerare che le difficoltà in merito all' accertamento, sussistono necessariamente solamente nelle fasi di indagini e di primo grado, fasi in cui la riforma della prescrizione non produce effetti. Nell' intervenire sulla prescrizione il legislatore, avrebbe dovuto farsi carico dei risvolti problematici della Legge 251/2001, in particolare sui profili discriminatori per classi di reato e per tipi di autori, ma non si è dimostrato interessato a porre fine a tali nodi problematici. Pare opportuno prendere in considerazione i dati, che segnalano una scarsa percentuale di procedimenti estinti per prescrizione in fase di impugnazione, soprattutto se confrontate con la percentuale delle prescrizioni che si verificano già nella fase delle indagini preliminari. In definitiva, la nuova normativa anche sotto il punto di vista della riforma della prescrizione appare caratterizzata da una valenza prettamente simbolica, volta alla ricerca di effetti illusori di autorappresentazione degli attori politici e di rassicurazione, solamente emotiva, della collettività.¹⁰⁵L'art. 1 comma 2 della L. 3/2019 sancisce che le misure sfavorevoli in tema di prescrizione entrino in vigore a partire dal primo gennaio 2020. Data la natura di norma sostanziale riconosciuta dal nostro ordinamento alle norme in materia di prescrizione

¹⁰⁵ CAVALIERE A. “*Le norme in materia di prescrizione*” in IASEVOLI (a cura di) “*la cd. Legge spazzacorrotti, croniche innovazioni tra diritto e processo penale*”, Bari,2019,Pagg.160-174.

è esclusa la possibilità che queste modifiche dispieghino effetti retroattivi¹⁰⁶ in virtù dell'art. 25 secondo comma e art. 2 c.p. il *tempus commissi delicti* rilevante ai fini della irretroattività dovrà essere quello della realizzazione della condotta. Di conseguenza anche rispetto a fatti commessi dopo l'entrata in vigore della L.3/2019, ma precedentemente al primo gennaio 2020, la disciplina sfavorevole in tema di prescrizione non sarà applicabile. Si rilevano in dottrina dubbi in merito alla disciplina intertemporale della normativa, sull'assunto che la *ratio* della irretroattività risiederebbe nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche e quindi non potrebbe invocare l'irretroattività chi abbia commesso il fatto dopo l'entrata in vigore della L. 3/2019 ma comunque prima il termine indicato del primo gennaio 2020, poiché tale soggetto risulta nella condizione di poter prevedere l'entrata in vigore della disciplina favorevole.¹⁰⁷

2.5. La nuova corruzione internazionale

In conclusione, la riforma introduce anche elementi condivisibili come la disciplina della corruzione internazionale e sull'applicabilità della legge italiana ai fatti commessi all'estero, così da superare i rilievi avanzati alla normativa italiana dal gruppo GRECO in seno al Consiglio d'Europa.¹⁰⁸ Il GRECO pur apprezzando lo sforzo profuso nell'attuazione parziale di otto delle nove raccomandazioni formulate, auspicava un intervento del legislatore e un ripensamento sulle riserve apposte all'atto di deposito della ratifica. Alcune delle raccomandazioni rimaste inattuare riguardavano:

- l'estensione della punibilità delle condotte di corruzione passiva, definita dall'art. 4 par. 2 lett. A) della direttiva UE 2017/1371, limitatamente

¹⁰⁶Corte Cost. ord. 24/2017 in merito al caso Taricco.

¹⁰⁷Sul punto, GATTA G.L. *“Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione*, in diritto penale contemporaneo, 21 gennaio 2019. “Si può forse quanto meno porre in dubbio la possibilità di invocare quel principio, che si fonda sull'esigenza di garantire la prevedibilità della legge penale più sfavorevole. La scelta di differire l'entrata in vigore della nuova disciplina consente infatti, almeno in ipotesi, di scegliere il momento più opportuno per commettere il reato”

¹⁰⁸LO CURTO C. *“Prevenzione e contrasto della corruzione”*, cit., pag.70.

alle condotte che possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione Europea, anche dei pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio di Paesi terzi rispetto agli Stati Membri dell'Unione europea, e di organizzazioni pubbliche internazionali, con esclusione della limitazione posta dall' art. 322-bis c.p. comma 2 n.2 al fatto commesso in "operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un' attività economica o finanziaria".

- La modifica delle norme del codice penale che prevedono la necessità della richiesta del Ministro della Giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione commessi all'estero;

- L'estensione della punibilità delle condotte di corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle organizzazioni internazionali; di corruzione attiva e passiva dei membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali.

In accoglimento delle formulazioni del GRECO, la legge 3/2019 ha interpolato la rubrica e il contenuto dell'art. 322-bis c.p. estendendo la punibilità a tutti i fatti di corruzione attiva dei Pubblici ufficiali stranieri, per il quali non sono possibili riserve ai sensi dell'art. 37 della Conv. di Strasburgo¹⁰⁹, e a tutti i fatti di corruzione attiva e passiva dei funzionari delle organizzazioni internazionali e di corruzione attiva e passiva dei membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali per le quali l'Italia non aveva espresso riserve.

¹⁰⁹Si consideri che a fronte delle decisioni assunte, il legislatore ha esplicitato all' art. 8 della L3/2019 la volontà di ritirare, alla scadenza, le riserve apposte alla Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 27 gennaio 1999, ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012 n.110. Le riserve apposte dall'Italia, valide fino al 1° ottobre 2019 erano le seguenti:

- a) Non configurare come infrazione penale gli atti di corruzione passiva di agenti pubblici stranieri e dei componenti di assemblee pubbliche straniere, con esclusione dei casi in cui si tratti di cittadini di Stati Membri dell'Ue, delle violazioni commesse in Italia (art.6 c.p.) e d'infrazioni commesse da agenti pubblici al servizio della Repubblica italiana, che abusino della loro autorità e violino gli obblighi inerenti alle loro funzioni.
- b) Subordinare l'apertura di un procedimento contro atti corruttivi attivi e passivi nel settore privato, ai sensi dell'art.25-ter comma 1 lett. s-bis) del d.lgs.231/2001, al deposito di una denuncia della vittima a esclusione dei casi in cui sia intervenuta una distorsione della concorrenza in relazione all'acquisto di beni e servizi;
- c) Non configurare come infrazioni penali le condotte contemplate dall' art.4 della Convenzione che implicino dei membri delle assemblee parlamentari di organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.

Le riserve invece apposte dall' Italia devono considerarsi cadute prima dello spirare del termine fissato al 1° ottobre 2019, mentre permangono le riserve relative:

- Alle condotte di corruzione passiva dei funzionari pubblici stranieri;
- Alle condotte di corruzione attiva e passiva, dei membri delle assemblee pubbliche straniere, fatta eccezione per quelle dei Paesi membri della Ue e delle assemblee parlamentari internazionali.

Inoltre l'art. 3 della legge di delegazione europea 2018, il Governo a modificare l'art.322-bis c.p. nella direzione oggetto di riserva mantenuta in vita, sulla punizione dei fatti di corruzione passiva, come definita dalla Direttiva 2017/1317, relativa alla lotta contro la frode degli interessi finanziari dell' Ue mediante il diritto penale.¹¹⁰Il recepimento della direttiva ha intaccato il nostro ordinamento in più punti, apportando modifiche non solo al codice penale, ma anche al D.lgs. 74/2000 (reati tributari) e il D.lgs. 231/2001 (responsabilità degli enti), il testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (DPR 43/1973) e la legge in materia di aiuti comunitari al settore agricolo (Legge 23 dicembre 1986, n. 898).

Il governo è stato delegato di operare un ' ulteriore modifica all' art.322-bis c.p. comma 2 n.2 volta a rimuovere la delimitazione dell'ambito applicativo della disposizione con riguardo ai fatti commessi in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria. Tuttavia è da osservare che tale incombenza sia stata già assolta dal legislatore con la L. 3/2019.

L' art.1 comma 1 lett. O) della Legge 3/2019 ha alterato in tre punti l'art. 322-bis c.p., nella rubrica, aumentando il novero dei soggetti possibili autori dei reati indicati in rubrica, ed eliminando il requisito dell'elemento soggettivo di dolo specifico al comma 2.

La prima novità riguarda la rubrica dell'articolo, che ora recita "peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione

¹¹⁰Il termine di recepimento della direttiva PIF era fissato per il 6 luglio 2019. L'iter di recepimento della Direttiva PIF nel nostro Paese è stata avviata con la Legge n. 117 del 4 ottobre 2019 (rubricata "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018"), pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 245 del 18 ottobre scorso ed entrata in vigore il 2 novembre 2019 che contiene i principi e i criteri direttivi specifici per l'attuazione della direttiva (UE) 2017/137.

alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee¹¹¹ o di assemblee internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.

Alla luce dell'estensione del ventaglio dei possibili autori dei reati elencati, consegue una accezione assai ampia di pubblica amministrazione, allargata alle funzioni legislative e giudiziaria. Risulta ampliato anche il raggio d'azione della pubblica funzione, valevole ovunque venga esercitata, senza che rilevino distinzioni tra il concetto di "pubblica amministrazione" euro-unitaria, quello relativo ai singoli Stati Membri e quello desumibile dalle attività svolte dalle organizzazioni internazionali.

Rispetto alla previgente impostazione dell'art. 322-bis c.p., con l'introduzione dei n. 5 ter e 5 quater nel comma 1 l'elenco dei soggetti cui si applica la norma risulta notevolmente ampliata. Il num. 5 ter colpisce i funzionari extra Ue, ovvero chi esercita nelle organizzazioni pubbliche internazionali funzioni corrispondenti a quelle di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio¹¹². L'ingresso di questi soggetti impedisce di considerare ad oggi il comma 1 circoscritta a fenomeni corruttivi infra Ue, e di riflesso il secondo comma riferito esclusivamente alla corruzione extra Ue. La verifica della corrispondenza riferita a soggetti operanti negli Stati Membri dell'Ue, rispetto ai pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, elementi costitutivi dei delitti evocati all'art. 322-bis c.p. spetterà al giudice italiano in ottica oggettivo- funzionale, previo esame della normativa straniera avente ad oggetto le specifiche funzioni e attività assegnate ai soggetti verificati. Anche qualora la normativa citata, optasse per l'esclusione della qualifica richiesta ai sensi dell'art. 322-bis c.p. il giudice italiano è comunque chiamato a valutare nel concreto l'esercizio delle funzioni e delle attività poste in essere dai soggetti interessati, le

¹¹¹Il legislatore non ha colto l'occasione per sostituirla con il riferimento tecnicamente aggiornato, Unione Europea.

¹¹²MONGILLO V. "*Crimine organizzato e corruzione*" cit., pag. 165 "Di rilievo è anche la scelta definitoria operata in merito alla figura del funzionario pubblico. Differentemente dalla Convenzione PIF del 1995 e dalla Convenzione del 1997 specificatamente votata alla lotta contro la corruzione di funzionari delle Comunità europee o degli Stati Membri dell'Unione europea, si registra ora l'innesto dei funzionari di Paesi terzi e degli incaricati di pubblico servizio, che formalmente potrebbero essere soggetti privati, cioè non incardinati in una pubblica amministrazione, ma – come chiosa il legislatore europeo – «sempre più coinvolti nella gestione dei fondi dell'Unione» (considerando 10 della Direttiva PIF). Neppure tale nozione, però, è in grado di venire a capo delle discrasie tra singoli ordinamenti domestici nella demarcazione delle qualifiche pubblicistiche penalmente rilevanti, giacché ci si limita a rinviare a quanto definito nel diritto nazionale dello Stato membro o del Paese terzo in cui la persona rilevante svolge le sue funzioni"

quali potrebbero corrispondere a quelle che nel nostro ordinamento, decretano il sorgere della qualifica pubblicistica richiesta dalla norma incriminatrice. L' art. 5-quater collega la responsabilità penale a tre categorie di soggetti: i membri delle assemblee parlamentari internazionali, i membri delle organizzazioni internazionali o sovranazionali, i giudici e i funzionari delle corti internazionali. Mancando l'espresso riferimento alla qualificazione "pubbliche" solleva il dubbio che il n. 5-quater include organizzazioni diverse da quelle contenute al n. 5 ter lasciando aperta la possibilità che il n. 5-quater ospiti le organizzazioni internazionali non governative. Tale possibilità sembra da escludere poiché il catalogo dei nn. Da 1 a 5-quater presuppone la qualifica pubblicistica come elemento che giustifica l'applicazione dei delitti dei p.u. a soggetti che proprio in ragione delle funzioni e delle attività esercitate, sono considerati intranei in una pubblica amministrazione intesa in senso lato. In senso contrario, ammettendo la punibilità di soggetti appartenenti a ONG si ammetterebbe una sorta di corruzione internazionale tra privati, vietata dalla riserva di legge, in forza del rimando operato dal comma 1 alle sole disposizioni del titolo dei delitti dei pubblici ufficiali. Il riferimento ai membri delle assemblee parlamentari internazionali e ai membri di un'organizzazione internazionale o sovranazionale risulta sovrabbondante in quanto si tratta di soggetti già ricompresi nel n. 5-ter c.p. sicché la funzione incriminatrice del n. 5-quater parrebbe limitata ai soli giudici e funzionari delle corti internazionali. Si assiste con quest' ultimo articolo a un'estensione dell'area di rischio penale rivolta a soggetti riconducibili alla giurisdizione internazionale e sovranazionale, originariamente profilata dal n. 5 bis¹¹³, allungamento di operatività che soggiace al principio ex art.25 comma 2 Cost e art. 2 comma 1 c.p. la locuzione "corti internazionali" tuttavia pone dei problemi in merito alla selezione dei soggetti interessati dalla nuova disciplina, risultando meno tipizzante della precedente formulazione.

Si riscontrano due orientamenti contrapposti, uno più ampio volto a ricomprendere qualsiasi istituzione di natura giurisdizionale che radichi la propria legittimazione in accordi interstatuali, l'altra più restrittiva riconosce tale qualifica solamente a un

¹¹³L' articolo nel testo previgente faceva riferimento solamente ai magistrati, funzionari e agenti della Corte penale internazionale. Sono ora da considerare soggetti attivi i componenti e i funzionari della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, del Tribunale internazionale del diritto del mare, delle Corti speciali ONU, del Meccanismo per i tribunali penali internazionali ecc.

istituzione fondata su un accordo interstatale che sia dotata di una certa stabilità , quindi destinata a giudicare una serie indefinita di casi, composta da uno o più individui indipendenti, i giudici, e chiamata a decidere nel rispetto di procedure predeterminate e con sentenza vincolante per le parti in causa. Il requisito della stabilità permette di escludere dal novero dei soggetti interessati i tribunali arbitrali, caratterizzati da un'istituzione basata sul libero accordo tra le parti in causa per la soluzione di una controversia determinata. Risulta accoglibile dunque l'ipotesi restrittiva, per evitare una applicazione indiscriminata della fattispecie penale.

L' intervento sull'elemento soggettivo, con l'esclusione del dolo specifico, consente di ampliare lo spettro della fattispecie anche a ipotesi in cui risulti assente l'elemento finalistico dei reati di induzione indebita, corruzione attiva, istigazione alla corruzione. Viene dunque soppresso il riferimento al fatto commesso "per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero per ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria". Le modifiche apportate comunque non incidono sulla scelta di punire solo il privato corruttore o indotto e non anche il pubblico funzionario, per evitare intrusioni negli affari interni di altri Stati sovrani. L'inserimento del termine "mantenere" sembra ricollegarsi alla corruzione per asservimento poi tipizzata nel 2012 dalla riscrittura dell'art. 318 c.p. la norma anticipava dunque le intenzioni del legislatore del 2012¹¹⁴ segnando un definitivo allontanamento dalla tradizionale configurabilità della corruzione impropria soltanto in presenza di un atto determinato o determinabile, riconosce identico disvalore a fatti di corruzione non già finalizzati all'ottenimento di un unico atto, ma volto a intrattenere abitualmente e stabilmente rapporti con il funzionario straniero. La norma nel prevedere che l'agente dovesse agire con la finalità o di procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali o a seguito della variazione posta in essere nel 2009, di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria, si prevede un doppio dolo specifico,

¹¹⁴In tal senso anche MONGILLO V., " *crimine organizzato e corruzione* " cit. pag. 171 "Così, alla fattispecie-tipo di corruzione lesiva degli interessi eurounitari è stata assicurata un'estensione che, grossomodo, ricalca il processo espansivo già conosciuto dalle figure corruttive in gran parte degli ordinamenti nazionali europei (tra cui il nostro: cfr. art. 318 c.p., post "legge Severino" n. 190 del 2012). A livello sovranazionale, però, resta ferma la centralità dell'atto, quale oggetto del pactum sceleris, sebbene la formula adottata sia a maglie larghe: non rileva solo l'atto che rientri nelle funzioni proprie del pubblico agente, ma anche qualsiasi atto – pur sempre da individuare – posto in essere nell'esercizio di queste."

alternativo e non cumulativo, al quale veniva affidata la duplice funzione di anticipazione della tutela, non essendo necessario ai fini della configurazione del reato che l' 'evento preso di mira si realizzasse , e di delimitazione dell' ambito di punibilità. L' ampliamento dell'ambito di operatività della norma connesso alla eliminazione del dolo specifico permette di intervenire contro le pratiche corruttive su un terreno privo di confini e indipendentemente dal *locus commissi delicti*, permette di valicare in confini europei e a inoltrarsi nel territorio di qualunque Stato, temperato dalla delimitazione della rilevanza penale alla condotta del solo privato, in netta discontinuità rispetto alla soluzione prospettata al primo comma, che ribadisce invece la punibilità anche dell' intraneo, sia costui funzionario comunitario o un soggetto che, nell'ambito degli Stati Membri dell'Ue svolga funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio. L' eclissi del dolo specifico ha tuttavia ulteriori conseguenze: permette un'espansione incontrollata della punibilità che non viene più controllata dalla funzione selettiva e tipizzante svolta dall'elemento soggettivo. La mancanza di un filtro permette la persecuzione in sede penale anche di ipotesi di corruzione internazionale minori, tradendo in questo modo lo spirito della riforma, teso a reprimere i fenomeni macro corruttivi delle multinazionali all' estero. Si auspica di risolvere tale profilo problematico, tramite un'interpretazione orientata al bene giuridico tutelato, della leale e libera competizione nelle relazioni economiche e internazionali.¹¹⁵

Ulteriore conseguenza è la semplificazione probatoria, che consente alla pubblica accusa di imputare il reato in questione, senza la necessità di rintracciare in capo al soggetto la specifica finalità di procurare dalla condotta, un vantaggio indebito per sé o per altri o l'avvio o conservazione di un'attività economica, autorizzata ad allegare la mera sussistenza di un'intesa illecita tra *extraneus* nazionale e *intraneus* internazionale, affinché possa ritenersi integrata la fattispecie.

¹¹⁵ In chiave critica MONGILLO V. "La legge Spazzacorrotti ", cit., pag. 303 "D' ora in poi anche una corruzione non animata da finalità economiche -ad es. la bustarella per ottenere un visto dalle autorità locali- potrà rientrare nello spettro applicativo della norma penale. Il rischio che nuovi spazi di penalità dischiusi dal legislatore possano tradursi in un velleitario simbolismo ci sembra abbastanza verosimile"

In una diversa prospettiva MANACORDA S., "Corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica", Jovene, 1999." pag.897 "La modifica non distrarrà la magistratura inquirente dal continuare a perseguire le grandi corruzioni internazionali, dovendosi rimarcare la difficoltà di "acquisire notizie di reato ed elementi probatori per vicende minute".

La corruzione internazionale, così come riformata, deve essere inserita, per comprenderne la portata modificativa, nel contesto degli altri interventi operati dalla L.3/2019.

Sono stati riformati gli artt.9 e 10 c.p.con l'aggiunta, rispettivamente, di un comma quarto e un comma terzo, in seguito alla quale la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono più necessari ai fini della perseguibilità della corruzione internazionale.

Merita particolare risalto l'attuale rapporto della norma, con l'art. 346-bis c.p. "Traffico di influenze illecite" il quale, a seguito della riformulazione¹¹⁶ avuta con la novella "Spazzacorrotti", punisce sia il mediatore che il mandante senza porre distinzioni tra relazioni esistenti o asserite con il terminale della mediazione, oltre a far refluire le condotte dell' abrogato "Millantato credito", estende la sua portata ricomprendendo nella clausola di riserva oltre alla corruzione per l' esercizio della funzione, anche alla corruzione internazionale. La clausola di riserva con cui la norma esordisce, impedisce un concorso con le più gravi fattispecie di reati corruzione, l'articolo suddetto entra in azione solamente, in ossequio al principio di sussidiarietà, solo ove non si integrano i presupposti del concorso dei reati, di cui l'art 322-bisc.p. La norma si propone l'obiettivo di punire delle condotte che si arrestano ad uno stadio anteriore rispetto alle condotte tipiche di corruzione, opera in un'area prodromica. Il delitto non potrà concorrere con l'art. 322-bisc.p. e l'accordo tra privato, mediatore e pubblico agente straniero, qualora venga concluso comporterà un concorso trilaterale in corruzione internazionale, mentre l'art. 346-bis c.p. resterà assorbito.

In relazione alla responsabilità da reato degli enti nel caso di corruzione internazionale, ipotesi che si constata nella maggioranza dei casi giurisprudenziali, l'art.25 comma 4 d.lgs. 231/2001 prevede che "per le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3 si applicano anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate dagli artt. 320 e 322-bisc.p." Un'interpretazione fedele alla lettera della norma, rispettosa del principio di legalità, imporrebbe di escludere che alle società accusate di corruzione internazionale possano applicarsi le sanzioni interdittive, le quali sono espressamente previste dal legislatore al sussistere

¹¹⁶Per una completa trattazione si rimanda ai capitoli successivi.

delle condizioni di cui all'art.13 d.lgs.231/2001, che denotano una particolare gravità del fatto. Un tale approdo ermeneutico è stato fortemente criticato, critiche basate sull' assunto che il legislatore avrebbe dovuto attenersi ai testi internazionali, i quali concedono l'applicazione delle sanzioni interdittive nei casi di corruzione internazionale, trovandosi di fronte a una fattispecie di reato che ha dato vita al *corpus* normativo della responsabilità amministrativa dell'ente. Tali assunti però non paiono meritevoli di accoglimento, da consentire un'interpretazione esorbitante dal tenore letterale della norma, cosa che secondo l'opinione prevalente della dottrina invece è accaduto. La giurisprudenza ha fatto dipendere la risoluzione del quesito dalla qualificazione del reato ex art. 322-bis c.p., ritenendolo una particolare manifestazione degli stessi delitti di corruzione base di cui all' art.318 c.p. e 319 c.p. dovuta alla peculiarità soggettiva dell'autore del reato, invece che una fattispecie autonoma di reato¹¹⁷.

In questo modo ha giustificato l'applicazione delle sanzioni interdittive anche in caso di corruzione internazionale, ritenendo che la condotta posta in essere potesse ritenersi inclusa nel dettato dell'art.25 comma 4 d.lgs.231/2001.¹¹⁸ Tale argomento è stato avallato anche dalla Corte di Cassazione la quale con una sentenza¹¹⁹ha proposto una soluzione, ritenuta da gran parte della dottrina di natura sostanzialmente analogica, esige di essere ancora più fortemente avversata ora che con la legge "Spazzacorrotti" si è pervenuto a un' inasprimento della disciplina delle misure interdittive senza precedenti, si ravvisa la necessità di un' impiego ancor più vincolato al principio di tassatività. La modifica del 5 comma però non ha

¹¹⁷MANACORDA S. " *Noli me tangere? Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*" in " *il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto- tra diritto vivente e prospettive di riforma.*", Torino, Giappichelli 2018 §6

¹¹⁸A tale conclusione è pervenuto il Giudice per le indagini preliminari di Milano, con la conseguenza di ritenere inapplicabili, in fase cautelare le sanzioni interdittive ex art. 45 d.lgs.231/2001. Tale decisione non è stata condivisa dalla Corte di Cassazione.

¹¹⁹Nella sentenza Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 42701, si è espressa invece a favore della applicabilità in via cautelare delle sanzioni interdittive. Dopo aver osservato che il Tribunale aveva raggiunto le sue conclusioni "innanzitutto sulla base di un'interpretazione restrittiva della norma, accompagnata da una lodevole preoccupazione circa il rispetto del principio di tassatività delle sanzioni, trascurando però un approccio testuale e nello stesso tempo più sistematico nella lettura dell'intera disposizione, che la inserisca coerentemente nel complesso intervento operato dal legislatore", i giudici di legittimità hanno ritenuto che l'art. 25, comma 4, d.lgs. n. 231/2001 abbia unicamente la funzione di estendere i fatti delittuosi richiamati dai primi tre commi ai soggetti ivi indicati, con la conseguenza che la previsione delle sanzioni interdittive del comma 5 deve considerarsi rivolta a tutte le ipotesi corruttive, comprensive delle forme internazionali.

minimamente preso in considerazione l'art.322-bis c.p. il quale continua ad essere assente nel catalogo dei reati presupposto.¹²⁰

In conclusione, emerge uno sforzo continuo del legislatore nazionale al tentativo di adattarsi alle istanze sovranazionali che richiedono di sanzionare penalmente la corruzione internazionale. La corruzione internazionale rappresenta “la punta dell'iceberg” anche in termini mass-mediatici alla lotta della corruzione al centro anche, o meglio, soprattutto del dibattito politico.¹²¹ Tuttavia è doveroso constatare come i repertori giurisprudenziali risultino avari di precedenti che confortino circa l'*enforcement* della disposizione, la quale si trova a scontare una serie di difficoltà sul piano pratico, nascente dal necessario svolgimento di indagini all' estero, con costi e modalità governati dalla cooperazione giudiziaria internazionale. Le novità apportate all' art.322-bis c.p. sebbene tendono a ravvivare la operatività della disposizione, specialmente sul profilo dell'estensione oggettiva e soggettiva della fattispecie. Nella stessa direzione procede anche la giurisprudenza che dilatando le maglie applicative sul piano ermeneutico, spinta da esigenze di contenimento di fenomeni di grandissimo impatto economico, dalle richieste avanzate in sede internazionale, e dal crescente allarme sociale dettato dalla percezione di una crescita esponenziale del fenomeno corruttivo, si muove alla ricerca di soluzioni creative che talora contrastano con la lettera della norma.

Sembra di dubbio auspicio che la modifica dei numeri 5-ter e 5-quater all' art. 322-bis c.p. possano impedire il fenomeno della sostanziale disapplicazione del comma 1 dello stesso articolo, sull' assunto che verosimilmente si preferisce lasciare al giudice nazionale la risoluzione delle vicende relative allo sviamento della pubblica amministrazione. Al contrario sembra essere maggiormente confortante in termini di chances applicative della fattispecie, l'eliminazione dei doli specifici nel comma 2 ex art. 322-bis c.p., ma allo stesso modo tale modifica svilisce la possibilità di imputare all' ente fenomeni corruttivi di estrema gravità. L'esclusione della doverosità dell'

¹²⁰CAPUTO M “*Contro la corruzione internazionale una tutela penale senza più...”riserve*” in IASEVOLI (a cura di) “*La c.d. legge spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale*” Bari, 2019. pag.99 “L'ellissi rimarcata nei commi 2,3,e5 tutto rappresenta fuorché una supina adesione del legislatore alla citata corrente giurisprudenziale (che altrimenti avrebbe visto sublimata nel nuovo testo la soluzione enucleata), bensì una potente convalida dei principi costituzionali che fondano la tesi per cui l' ente non deve essere interdetto durante la fase delle indagini preliminari”.

¹²¹ Così MANACORDA S., cit.

accertamento da parte dell' autorità giudiziaria degli elementi finalistici, quali la prova "dell'indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali, ovvero il fine di ottenere o mantenere un'attività economica e finanziaria " a pagare sarà soltanto la persona fisica, mentre la persona giuridica, attesa la necessità ai fini dell' imputazione della responsabilità della verifica in concreto di un interesse o vantaggio, godrà di un beneficio che finirà per aggravare il fenomeno criminoso, anziché ridimensionandone la misura.¹²²

2.6.La nuova causa di non punibilità

Esaminando la riforma "Spazzacorrotti" è innegabile il forte rigore repressivo che caratterizza l'intervento del legislatore del 2019, a fronte della particolare preoccupazione che il diffondersi di nuove forme e manifestazioni della corruzione sistemica ha generato nell' opinione pubblica. Senz' altro apprezzabile è l'interesse del legislatore, in chiara controtendenza con lo scopo della normativa, all' introduzione di una causa di non punibilità all' art. 323-ter c.p. che mira a far emergere il sodalizio criminale, garantendo l' impunità al denunciante che abbia collaborato con la pubblica Autorità. L' obiettivo di introdurre un sistema idoneo a rompere il legame tra corrotto e corruttore non è nuovo al legislatore, difatti il progetto di Cernobbio del 1994 elaborato a seguito di Tangentopoli da magistrati, avvocati e professori universitari a fronte di un programma emergenziale diretto a un recupero di legalità per la prevenzione di fenomeni di corruzione e di illecito finanziamento ai partiti politici. La proposta fu aspramente criticata dalla dottrina e per molto tempo rimase solo argomento di studio, ripreso in considerazione di tanto in tanto quando le situazioni contingenti riportavano in auge il tema dell'emergenza della lotta alla corruzione. E' con la L.27 maggio 2015 n. 69 che viene introdotta per la prima volta una misura premiale all' art.323-bis c.p.¹²³ per chi avesse collaborato con l'autorità giudiziaria. La norma non introduce affatto una causa di non punibilità,

¹²²Così CAPUTO M. "Contro la corruzione internazionale una tutela penale senza più... "riserve",cit., pag.73 ss.

¹²³ L'innesto dell'attenuante speciale si è rivelata assolutamente incapace di cogliere nel segno, così la Relazione di accompagnamento al d.d.l. n.1189.

riconoscendo invece una attenuazione di pena (da un terzo a due terzi) laddove il soggetto dopo la commissione del reato si adopera per conseguire uno seguenti obiettivi: evitare che l'attività criminosa sia portata a conseguenze ulteriori, collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro delle somme o utilità trasferite all' *intraneus*. Tale attenuante è applicata solo ai delitti di corruzione anche nella forma di istigazione, concussione e induzione indebita. Le condotte di resipiscenza sono contemplate in forma alternativa e non cumulativa e non sono previsti limiti temporali avendo la norma come scopo quello di conseguire come obiettivo una collaborazione concreta ed utile per il prosieguo delle indagini per la ricerca della prova a prescindere dalla genuinità del pentimento. Ad oggi la misura non sembra particolarmente rilevante in termini di numeri di applicazione.¹²⁴ Lo strumento premiale posta alla base della scelta politico criminale è frutto di un mutato clima di diffuso consenso dinnanzi a manifestazione dimostrative di non connivenza di fronte al reato. Inoltre tale strumento è stato proficuamente sperimentato in altri settori: terrorismo, criminalità organizzata, sequestro di persona a scopo estorsivo, traffico di stupefacenti. La progressiva estensione fino a ricomprendere i delitti contro la pubblica amministrazione dimostra chiaramente "l'allineamento normativo della criminalità white collar alla criminalità nera, ossia della criminalità politico-economica al crimine organizzato"¹²⁵ l'art.323-terva dunque ad inserirsi in questo filone tematico replicando, con significative differenze, la "proposta"¹²⁶ di Cernobbio.

La ratio dell'impunità è quella di potenziare l'emersione del fenomeno corruttivo incentivando il delatore collaborante¹²⁷ premiandolo per avere spezzato il vincolo collusivo, si assicura in questo modo un effetto di deterrenza grazie all' introduzione

¹²⁴MILONE A. / CANTONE R. "Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all' art 323 ter c.p.." diritto penale contemporaneo, fasc. 6/2019, pag. 5 ss.

¹²⁵MANES V., "L'estensione dell'art.4-bis ord.pen.ai delitti contro la p.a: profili di illegittimità costituzionale" in Riv. trim. Dir. pen. cont., 2, 2019, pag. 107.

¹²⁶MASULLO M.N. "L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi" rivista italiana diritto e procedura penale" fasc. 3/ 2019 pgg.1257-1261.

¹²⁷Contrari alla introduzione della causa di non punibilità in *subiecta materia*:M. ROMANO "I Delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali", SEMINARA S." La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale", in dir. Pen.proc., fasc.10/2012 pag. 1235 s.s., CANTONE R. "Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione", in www. Giurisprudenza penale, it., l'Ufficio Documentazione e studi PD n.7 del 2018 "Spazza corrotti? No spazza Stato di diritto, in www.deputatipd.it

di un fattore di insicurezza nel patto corruttivo reso instabile proprio dalla circostanza che chi lo conclude allo stesso tempo possa procedere all' autodenuncia beneficiando della impunità¹²⁸. La riforma introduce all' articolo 323ter del codice penale, una speciale causa di non punibilità in favore di 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, 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 volontaria-mente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili".

I reati presupposto della causa di non punibilità sono tutti i reati di corruzione (ad eccezione della istigazione alla corruzione) l' induzione indebita a dare o a promettere denaro o utilità, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e dall' astensione degli incanti. Osservando il catalogo dei reati presupposto il perimetro applicativo tracciato dal legislatore sembra viziato per eccesso e per difetto, soprattutto se posto a confronto con il precedente progettuale che ne costituisce la matrice ideologica. Per quanto riguarda inclusioni per eccesso, è discutibile l' inclusione della corruzione in atti giudiziari, la scelta operata non appare in linea con l' indubbia maggiore gravità della fattispecie, essendo pluri offensiva ledendo accanto all' imparzialità soprattutto il corretto esercizio della funzione giudiziaria, di fronte alla rilevanza costituzionale della funzione giudiziaria e a tutela della fiducia che i cittadini devono necessariamente riporre nell' amministrazione della giustizia, sarebbe stato opportuno non concedere alcuna chance di impunità al magistrato che abbia compravenduto la propria funzione giudiziaria, così come al privato che abbia contribuito a minare tale funzione. Ulteriore profilo di discordanza con il progetto di Cernobbio riguarda l' inclusione degli art. 353, 353-bis, 354 c.p. essendo reati di natura monosoggettiva, si assicura in questo modo l' impunità secca all' unico autore del reato. Per quanto riguarda

¹²⁸VALENTINI V. "L'impunità del pattista pentito: un congegno deterrente travestito da premio" in IASEVOLI (a cura di) "La cd. Legge spazzacorrotti croniche innovazioni tre diritto e processo penale", Bari 2019, pag. 121 ss. "Qui come in altri settori connotati da importanti cifre oscure, dunque, il legislatore ha messo in campo un istituto dichiaratamente rivolto a incentivare l'emersione di pattauzioni illecite, nel segno di una più efficace attività di accertamento e repressione dei fenomeni corruttivi"

l'inclusione di reati presupposto per difetto, si nota l'esclusione di alcune fattispecie caratterizzate da una contiguità dei contenuti punitivi: è rimasto escluso l'art 346-bis c.p. ricompreso invece nell' originario d.d.l. Le ragioni dell'esclusione non sono esplicitate nella relazione di accompagnamento al decreto e neppure sembrano di facile intuizione, con la conseguenza che la causa di non punibilità si applicherà solamente nel caso in cui l'attività criminosa si sia ormai tradotta in un fatto di corruzione non invece quando ne sia colto un segnale in fase prodromica, impedendo in questo caso la conclusione del patto criminoso. Qualora fosse posta in essere la condotta di resipiscenza non avrebbe nessuna rilevanza in termini di non punibilità. Non sembra plausibile la non inclusione della istigazione alla corruzione o la corruzione tra privati, modificata dello stesso intervento normativo sancendo la procedibilità d' ufficio. L' effetto che ne consegue è quello di una differente risposta punitiva dell'ordinamento dinnanzi a condotte corruttive che manifestano un analogo disvalore oggettivo.

Alla causa di non punibilità possono accedervi alle medesime condizioni sia l'*intraneus* (corrotto o induttore) che l'*extraneus* (corruttore o indotto) nonché eventuali concorrenti nel reato.

Si richiede che la denuncia sia volontaria, che letta unitamente al requisito della non conoscenza della pendenza di indagini a proprio carico esige che l'autodenuncia sia una scelta libera da condizionamenti esterni. La denuncia deve essere inoltre tempestiva, intervenire entro quattro mesi dalla commissione del fatto¹²⁹. Sul punto nascono alcune perplessità, sia in merito alla conoscenza della pendenza di indagini a proprio carico, cioè se debba essere circoscritta solo a una comunicazione ufficiale o rientrino anche eventuali notizie informali, ad esempio originate da una fuga illecita di notizie apprese a mezzo stampa¹³⁰. Sul termine dei quattro mesi dalla commissione del fatto, si fa riferimento al momento consumativo, che per quanto riguarda i reati di corruzione è di difficile rinvenimento, essendo ad oggi il momento consumativo

¹²⁹Secondo PULITANO' D. "*Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art.4-bis.*", in diritto penale e processo fasc. 5/2019, pag. 603, "Per chi sia stato partecipe del reato, un ripensamento entro pochi mesi è difficilmente pensabile. Potrebbe essere l'effetto di una repentina crisi di coscienza, o di fatti nuovi che abbiano incrinato la prospettiva dell'impunità, e reso preferibile una non indolore confessione e restituzione. Sono scenari poco realistici, non idonei a fondare una plausibile prognosi d'efficacia.

¹³⁰MASULLO M.N. "*L'emersione del patto criminoso*" cit., pagg.1263 ss.

ricostruito dalla giurisprudenza maggioritaria dal cd. schema principale, dove la consumazione, nel caso in cui alla promessa consegua la dazione, coincide con questa, nel caso di più dazioni al momento dell' ultima tra esse.¹³¹ Tale ricostruzione ha lo scopo di posticipare la commissione del reato ai fini della dilatazione dei termini di prescrizione al fine di assicurare maggiori spazi di perseguibilità del reato, ma ai fini dell' applicazione della causa di non punibilità condurrebbe a un incoerente allungamento dei termini di operatività della premialità, che potrebbe giungere ben oltre i limiti stabiliti dal legislatore. L' alternativa a livello interpretativo più idonea ai fini dell' applicazione dello strumento premiale sarebbe quella di ricondurre la consumazione del reato di corruzione al momento in cui avviene la conclusione del patto corruttivo, tale ipotesi sembra più idonea ad assicurare l' efficacia deterrente dell' esimente e allo stesso tempo general-preventiva del precetto penale, altrimenti messa in discussione dall' agevole e sostanzialmente illimitata impunità, rimessa in termini da un nuovo pagamento in esecuzione del patto originario.

Accanto al requisito della tempestività il legislatore richiede che la denuncia rispetti alcuni caratteri modali, ossia che questa sia diretta a fornire indicazioni e concrete alla prova del fatto e all' individuazione del colpevole. Tali caratteri sembrano subordinare l' applicazione dell' esimente al vaglio dell' autorità giudiziaria circa l' adeguatezza probatoria della collaborazione prestata. L' utilità investigativa della collaborazione deve essere apprezzata alla luce del compendio probatorio in possesso dell' autorità giudiziaria. Infine l' operatività dello strumento premiale è subordinato 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 a individuarne il beneficiario effettivo” entro il medesimo lasso temporale. Sul punto emerge chiaramente l' emendamento al testo originario che prevedeva la messa a disposizione dell' utilità percepita o in caso di impossibilità di una somma corrispondente solamente in capo all' *intraneus*, residuando in capo all' *extraneus* solamente l' obbligo di una denuncia tempestiva ed esaustiva.

¹³¹MASULLO M.N. “L'emersione del patto criminoso” cit., pagg.1267 ss.

Il progetto di Cernobbio invece prevedeva come presupposto dell'esimente l'obbligo in capo al privato corruttore di mettere a disposizione dello stato di una cifra identica a quella versata.

L'ambiguità della formula odierna "utilità percepita" evidentemente riferita al vantaggio derivante dall'illecita contrattazione genera dubbi interpretativi: l'utilità potrebbe non essere suscettibile di valutazione patrimoniale, quantomeno nel così breve lasso temporale concesso al denunciante, inoltre appare totalmente inadeguata poiché incapace di ricomprendere una serie di casi in cui non è chiaramente individuabile l'utilità come corrispettivo per l'attività prestata, situazioni nelle quali non è possibile operare un'interpretazione estensiva. La causa di non punibilità accanto ai requisiti positivi (collaborazione tempestiva, utile e tendenzialmente restitutoria) prevede anche due condizioni ostative: al terzo comma prevede la non applicabilità quando risulti che la denuncia di cui al primo comma sia preordinata alla commissione del reato e "in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione dell'art.9 della legge 16 marzo 2006, n. 146". Il primo limite appare senz'altro funzionale a salvaguardare la spontaneità della resipiscenza, misura che sembra inoltre evitare che venga surrettiziamente introdotta la figura dell'agente provocatore. Infatti il denunciante ben potrebbe su indicazione degli agenti di polizia "testare" l'onestà del pubblico funzionario e porre in essere delle attività corruttive avendo la certezza, se tempestivamente denunciate, della impunità. Tuttavia bisogna ammettere che la prova della preordinazione della denuncia sia di difficilissima verificabilità lasciando intatta la possibilità nei fatti di un uso distorto dell'esimente¹³².

Alla medesima finalità sembra indirizzata anche la seconda causa ostativa, ovvero l'eventualità che l'agente sotto copertura abbia agito in violazione dell' art.9 L.16 Marzo2006 n.146.

La reale fruibilità della causa di non punibilità è circoscritta a poche ipotesi, tanto che questa è destinata a essere "lettera morta". Sono diverse le ragioni poste a base di tale valutazione, ad esempio il pubblico ministero ben potrebbe riqualificare il fatto contestandolo come concussione, delitto escluso dal catalogo dei reati presupposto,

¹³²VALENTINI V. "L'impunità del travestito da premio pattista pentito: un congegno deterrente" cit., pag. 127

ma un esempio ben più grave è la conseguenza che scaturisce dalla non-collaborazione. Infatti il legislatore ha previsto l'applicazione del regime 4-bis ord. pen. a tutte le fattispecie corruttive, esteso anche all' art.318c.p. nonostante l'attenuato disvalore oggettivo. Questa previsione difatti tradisce la funzione premiale della disposizione di cui all' art. 323-terc.p., la collaborazione diviene l' unico strumento che impedisce l' applicazione del suddetto articolo, lo scopo della norma diviene quindi non tanto premiare la collaborazione processuale al fine di scardinare le reti corruttive sistemiche, ma quello di punire il non collaborante assicurandogli la detenzione nel caso in cui la pena applicata in sentenza sia superiore alla soglia di concedibilità delle misure alternative alla detenzione.¹³³

Sulla funzionalità general preventiva, appare poco probabile che l'introduzione di un fattore di insicurezza nel patto corruttivo possa ridurre la verifica in concreto, pur ponendo un dubbio in capo a colui il quale stia concludendo un patto criminoso sulla certezza dell'interesse a tacere di entrambi i compartecipi al reato.

¹³³MASULLO M.N. “*L'emersione del patto criminoso*” cit. pag. 1274

CAPITOLO III

LE MODIFICHE ATTUATE SUL PIANO DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

3.1 I punti di contatto tra la L. 3/2019 e il d.lgs.231/2001

La corruzione rappresenta uno degli strumenti illeciti principali per le imprese per alterare a suo favore le condizioni di mercato, detto in altre parole, “rappresenta un modo tipicamente patologico di proseguire l’impresa con altri mezzi.”¹³⁴

Alla base della responsabilità *ex crimine* della società vi è la convinzione che “la sola repressione penale non elimini né rieduca la corruzione [...] poiché questa è una pura variante commerciale all’interno dei meccanismi di mercato»; in quest’ottica se “l’intervento giuridico (o penale) vuol essere efficace deve ricadere necessariamente in modo diretto sull’impresa.”¹³⁵

La logica emergenziale, che qualche tempo fa riguardava le strategie politico criminali della lotta alla criminalità organizzata, nel tempo si è estesa alla lotta alla corruzione. La sovrapposizione dapprima sul piano mediatico, tra mafia e corruzione, si è propagata in ambito normativo, in particolare con riferimento agli enti collettivi, disciplina nella quale l’anticorruzione e l’antimafia finiscono per convergere nello stesso macrosettore. La corruzione, come la mafia, è un fenomeno che attraversa la sociologia, la politica e l’economia, ciascuna delle materie ha elaborato una propria definizione che non solo interferisce con la definizione penalistica ma che prescinde del tutto da essa. Ai fini della trattazione interessa solamente la definizione penalistica, e in particolare in quanto reato tradizionalmente commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente collettivo, ovvero da parte di soggetti afferenti a strutture

¹³⁴PALIERO C.E. “*La società punita: del come, del perché, e del per cosa*”, in Riv. it. dir. proc. pen.,2008, pag. 1530. Tale ipotesi, nell’ambito della tripartizione – coniata dall’insigne studioso – di «modalità strutturalmente diverse e tipiche di realizzazione dei reati da parte dell’ente», concerne, specificamente, la categoria dei «reati meramente strumentali rispetto alla politica di impresa”.

¹³⁵CARMONA A. “*Premesse a un corso di diritto penale dell’economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*”, Padova, 2002, pag. 204 ss.

criminali organizzate. Fino alla riforma del 2012 le fattispecie di corruzione avevano un elemento in comune, rappresentato dall' oggetto del patto illecito, che doveva necessariamente vertere su un atto del pubblico agente. A seguito della riformulazione dell'art.318 c.p. che incrimina la corruzione per l'esercizio della funzione, il disvalore si è spostato sull'esistenza stessa del patto corruttivo. Ad oggi i reati di corruzione costituiscono un perno attorno al quale ruotano numerose altre fattispecie per le quali il legislatore ha ritenuto opportuno adeguare lo strumentario repressivo in vista di una preoccupante evoluzione fenomenologica¹³⁶.

Le modifiche introdotte dalla riforma Bonafede interessano anche il sistema della normativa sulla responsabilità *ex crimine* degli enti. Per alcuni aspetti l'attenzione riservata dal Parlamento alla responsabilità degli enti da reato è apprezzabile, in quanto dimostra finalmente la coscienza da parte del legislatore, che quando si intende contrastare il crimine economico non può prescindere da un coinvolgimento delle persone giuridiche nei cui confronti i criminali agiscono. I reati compiuti all'interno delle imprese, infatti, anche se posti in essere da persone fisiche sono di solito intesi ad arrecare un vantaggio esclusivo o concorrente , all'ente presso cui opera la persona fisica: la commissione di reati di corruzione non appare frutto di una libera e autonoma scelta del soggetto autore del reato ma risulta essere strumentale al raggiungimento di un obiettivo da parte della *societas* e di conseguenza un efficace politica criminale impone che accanto al reo venga sanzionato l'ente presso il quale questo opera e il quale ottenga un vantaggio o abbia un interesse all'attività criminosa posta in essere da un suo esponente. Nonostante tale aspetto positivo dell' attenzione del legislatore, l'intervento della "Spazzacorrotti" nel sistema d.lgs.231/2001 non è privo di criticità, in particolare a riguardo del significativo rafforzamento dell' apparato sanzionatorio per le ipotesi in cui un soggetto che rivesta la qualità di apicale o di sottoposto all' interno dell'ente abbia posto in essere

¹³⁶Il riferimento è alla L.69/2015, rubricata "Disposizioni in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio" a dimostrazione che nella politica-criminale contemporanea, istituti penalistici tra loro tradizionalmente distinti vengono considerati forme di manifestazione del medesimo fenomeno." Si tratta di una legge che trascende il piano meramente normativo e assume un significato particolare come canone ermeneutico delle ragioni profonde che animano il legislatore contemporaneo, ponendo sullo stesso piano la criminalità dei colletti bianchi e criminalità organizzata."

GUERRINI T. "Diritto penale ed enti collettivi l'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione, e governo dell'economia", Torino, 2018 pag. 191

uno dei reati previsti all' art 25 d.lgs.231/2001, infatti in tal caso si giunge a esiti parossistici posto che le nuove sanzioni si inseriscono in un sistema punitivo pressoché invariato. In secondo luogo la riforma sembra tradire l'obiettivo di fondo del sistema delineato dal decreto legislativo, infatti era estraneo al legislatore del 2001 un intento prettamente punitivo, anzi il sistema si basa su un'ottica preventiva piuttosto che repressiva, essendo inteso a promuovere all' interno delle persone giuridiche l'adozione di modelli idonei a prevenire la commissione al suo interno di reati specificatamente individuati¹³⁷. L'impatto della novella sul d.lgs. si proietta su tre principali ambiti¹³⁸:

1. Ampliamento del catalogo dei reati presupposto, con l'inserimento all' art 25 d.lgs.231/2001 dell'art. 346-bis come innovato dalla riforma.
2. Inasprimento delle sanzioni interdittive applicabili agli enti nei casi di condanna per i delitti ex art 25 commi 2 e 3 del d.lgs.231/2001.
3. Inserimento nuovo comma 5-bis all' art. 25 d.lgs.231/2001 tramite il quale si estende all' ente la premialità per le condotte di collaborazione *post-delictum* stabilite dall' art 323bis

3.2. L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto: il nuovo Art. 346-bis

La fattispecie in esame seguiva, prima dell'ultimo intervento normativo il "millantato credito" ex art. 346c.p., fattispecie quest'ultima abrogata dalla nuova normativa e presente nel codice sin dalla sua prima stesura. Il millantato credito puniva due diverse condotte: chi "millantando" un credito (e cioè vantando un'influenza) presso un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, si faceva dare o promettere

¹³⁷SANTORIELLO C. "Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende" in Archivio penale, Fasc.n1/gennaio-aprile2019, pag.2 ss.

¹³⁸MONGILLO V. "La legge spazzacorrotti: ultimo approdo del diritto penale emergenziale" in Diritto penale contemporaneo., fasc. 5/2019 pagg 297 ss.

denaro o altra utilità come prezzo della mediazione e quella di chi si faceva dare o promettere danaro o altra utilità con il pretesto di dover comprare il favore di un pubblico agente o di doverlo remunerare. In entrambe le forme indicate, la “vanteria” dell’agente¹³⁹ (la cd. *venditio fumi*) era fondata, però, ad avviso dell’orientamento tradizionale e accolto in giurisprudenza su una rappresentazione non veritiera della possibilità di influenzare le decisioni del pubblico funzionario. Quest’ultimo effetto, secondo un orientamento minoritario, avvicinava la fattispecie in esame a quella della “truffa” per il bene giuridico protetto dal “millantato credito” inteso come reato pluri-offensivo: in prima battuta a tutela dell’imparzialità e il buon andamento della pubblica Amministrazione ma anche il patrimonio dei colui che pagava o prometteva di farlo. Per tale motivo si era auspicata l’esigenza di un intervento legislativo volto a ricondurre il reato in questione tra i reati contro il patrimonio.

Nessun rilievo aveva la circostanza che quest’ ultimo soggetto aveva comunque inteso perseguire un fine illecito, basato sull’ assunto che si può comunque essere vittima di una truffa,¹⁴⁰ pur perseguendo un fine illecito, in tal senso era orientata la giurisprudenza dominante. Ciò a giustificazione della punibilità del solo millantatore, decisione apparsa alla dottrina e alla giurisprudenza accoglibile, si presentava come un’interpretazione evolutiva di supplezza in grado di colmare un pericoloso vuoto di tutela rispetto a fondate esigenze repressive.

Sono sorte tuttavia delle perplessità in merito all’individuazione della falsità circa la sussistenza del credito quale requisito essenziale della millanteria, osservandosi che se il legislatore avesse voluto davvero dare questa accezione alla norma, avrebbe inserito gli attributi di “falso” o “mendace”. Inoltre questa limitazione avrebbe portato a un esito contraddittorio: l’impunità di colui che avesse davvero quella relazione.

Alla luce di questa mancanza la dottrina e la giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore del reato di “Traffico di influenze illecite” ad opera della L.190/2012, hanno ritenuto di ampliare la fattispecie anche a situazioni in cui il soggetto agente avesse

¹³⁹PRETE F. “*Prime riflessioni sul traffico di influenze illecite art. 346bis c.p.*”, in diritto penale contemporaneo,2012, pag. 2 ss.

¹⁴⁰CANTONE R./MILONE A. “*Verso la riforma del traffico di influenze illecite*”, in diritto penale contemporaneo,3 dicembre 2018.

un credito realmente esistente o “ingigantito” e “artatamente e ingannevolmente amplificato”.

La giurisprudenza di legittimità ha quindi individuato come elemento strutturale del millantato credito il comportamento del soggetto attivo, che si concretizzi in una vanteria, un’ostentazione della facoltà di poter influire sul pubblico ufficiale, dando l’immagine che questo sia un soggetto disponibile a favorire interessi privati in danno dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica Amministrazione. Inoltre deve sottolinearsi la necessità che il millantatore ponga in essere una condotta idonea a far ritenere alla vittima del reato di esercitare un’ influenza sul soggetto pubblico tale da vanificare i principi del corretto andamento della pubblica amministrazione essendo necessario che quest’ ultimo si rappresenti effettivamente la lesione all’imparzialità e buon andamento della pubblica Amministrazione.¹⁴¹ Ancora, secondo la Corte di cassazione, ai fini dell’offensività della condotta, non è necessario che il rapporto tra millantatore e pubblico funzionario sia reale o inesistente, essendo sufficiente la vanteria di un influenza, non, che la vanteria abbia ad oggetto un rapporto intercorrente tra l’agente e il soggetto pubblico.¹⁴² Allo stesso modo il reato non è configurato quando il soggetto agente si limiti a mettere in contatto il privato con il soggetto pubblico.

La L.190/2012 introduce il delitto di “Traffico di influenze illecite” all’ art 346-bis c.p. allo scopo di colmare due lacune riscontrate dall’analisi della fattispecie ex. 346 c.p. la prima di natura interpretativa nata dall’ accezione ingannatoria e inesistente dell’influenza che il soggetto attivo “millanta” di poter esercitare sul soggetto pubblico, per questo motivo la norma fa riferimento esclusivamente a “relazioni esistenti”. Con esso, in particolare, si punisce chi sfruttando relazioni esistenti con un pubblico agente si fa dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale come prezzo della propria mediazione illecita oppure come prezzo per remunerare il pubblico agente per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o per omettere o ritardare un atto del suo ufficio. Le relazioni esistenti sono le amicizie, conoscenze, contatti, che il mediatore possiede in un ambiente della P.A. e sfrutta per farsi dare o promettere dall’ altro il denaro o altro vantaggio patrimoniale.

¹⁴¹CANTONE R., MILONE A., cit.,

¹⁴²Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 1989, n. 11317, in C.E.D 181968.

Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 13479, D’Alessio, in Rv. 246734

L'altra, è l'esigenza di punire anche il committente, riscontrata anche sul piano internazionale e europeo. La Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa (Strasburgo, 27 gennaio 1999, ratif. Dall'Italia con L.110/2012) chiede di considerare come reato se commessi intenzionalmente: il fatto di promettere, offrire, procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito per sé o per terzi a titolo di remunerazione, a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli art. 2, da 4 a 6 e da 9 a 11 (che alludono a soggetti titolari di funzioni pubbliche) così come il fatto di sollecitarne, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato.

La convenzione O.N.U. sulla corruzione (Mérida, ratif. Con L.116/2009), a sua volta suggerisce di prevedere come reato, quando commessi intenzionalmente (art.18):

Il fatto di promettere, offrire o concedere a un Pubblico ufficiale o a ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché tale soggetto o altra persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da una amministrazione o da una pubblica autorità dello Stato un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona;

Il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per altra persona, al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato.

Le norme convenzionali, pur non coincidendo tra loro evidenziano entrambe la sussistenza del disvalore nell'accordo di due soggetti sullo scambio tra un compenso non dovuto, da un lato, e un'influenza (o meglio il suo eventuale esercizio) diretta a conseguire un vantaggio indebito da una pubblica autorità, dall'altro. Non importa chi dei due assuma l'iniziativa, che il primo prometta o offra o procuri il compenso che l'altro accetti o riceva affermando o meno la propria efficienza, oppure che sia quest'ultimo a sollecitare il primo, da lui ritenuto capace di assicurargli il vantaggio che gli interessa.

Non rileva il possibile inganno o il possibile errore dell'uno o dell'altro sull'esistenza o meno di detta influenza, ma rileva solamente il patto volto a ingerirsi senza averne titolo in una decisione della P.A.¹⁴³

Nessuno dei due soggetti è considerato vittima dell'altro, essendo entrambi compartecipi, il traffico di influenze qui pare scolpito nel suo classico disvalore, rappresentato dall'opacità di manovre anticipatrici di più temibili delitti di corruzione.

Il legislatore italiano nel dare attuazione a dette Convenzioni si è discostato notevolmente¹⁴⁴. La strada maestra sarebbe stata quella di recepire la interpretazione "allargata" dell'art.346c.p., perequando in linea di principio il credito soltanto millantato al credito di cui il soggetto effettivamente disponga, seguendo le disposizioni convenzionali, evidenziando la assoluta indifferenza di una capacità di influenza reale o supposta, ossia solo asserita o realmente esistente. Ciò poteva attuarsi semplicemente modificando l'art 346 c.p. chiarendo in maniera esplicita detta indifferenza e debitamente sancendo la punibilità di entrambi i soggetti, poiché anche colui che viene ingannato dal millantatore ne condivide pur sempre il fine illecito, se non criminoso nella prospettiva di possibili vantaggi. Si è preferito però affiancare l'art. 346-bis al 346 c.p., ma il primo prevedendo come elemento essenziale del reato e presupposto della condotta "relazioni esistenti" dell'agente con la P.A. rivalorizza *a contrariis*, per l'art.346c.p. la configurazione originaria di una truffa qualificata, contrapponendo le disposizioni mal grado una comune ottica di una tutela avanzata della P.A.

Dalla lettura del testo normativo, sono evidenti i difetti della norma: Il fatto che la dazione o la promessa sia limitata al denaro o "altro vantaggio patrimoniale", si discosta dal consueto riferimento ad "altra utilità" dei delitti di corruzione, circoscrive l'ambito di applicazione della norma generando inevitabilmente dei vuoti di tutela¹⁴⁵. Rimangono escluse, infatti, le situazioni in cui oggetto dello scambio sia

¹⁴³ MILONE A./ CANTONE R., cit.

¹⁴⁴ ROMANO M. "*I delitti contro la pubblica amministrazione – i delitti dei pubblici ufficiali*", cit, pg. 168-170

¹⁴⁵In tal senso MONGILLO V. " *Il delitto di traffico di influenze illecite dalla "legge Severino" alla "Spazzacorrotti" nodi irrisolti problemi nuovi*" in IASEVOLI (a cura di) "*La cd.Spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale*", Bari,2019 pag 45 ss. "Residuavano altre sperequazioni che finivano per accentuare l'irragionevolezza dell'architettura complessiva. Una

un vantaggio non prettamente patrimoniale, ma di natura morale, ad esempio abbia ad oggetto una prestazione sessuale, che al contrario sarebbe sicuramente penalmente rilevante laddove l'influenza sul soggetto pubblico si rivelasse in realtà inesistente ex art.346 c.p.

Ancora, l'infelice restrizione alle sole corruzioni proprie o in atti giudiziari, con l'eliminazione del riferimento all' art. 318 c.p. invece prevista nella fattispecie di millantato credito, determina una conseguenza paradossale. L'eliminazione è stata una precisa scelta del Senato, che ha soppresso il riferimento presente nella stesura presentata dalla Camera. Sono verosimili le tesi che ritengono l'intenzione del legislatore sia stata quella di evitare di esporsi al rischio di critiche, che potevano originarsi data le difficoltà interpretative e applicative che attanagliano l' art. 318 c.p., per aver emanato una norma poco tassativa e estremamente elastica.¹⁴⁶ A Questa mancanza, si può supplire a livello interpretativo intendendo l'art. 318 c.p. ugualmente ricompreso nella norma, non dove la norma menziona la remunerazione ma dove allude alla mediazione illecita. La mediazione concordata sarebbe allora illecita in quanto criminosa anche qualora preveda che il pubblico agente eserciti la funzione o i suoi poteri dietro dazione o promessa di denaro o altra utilità. Ove invece si ritenesse che tale conclusione sia preclusa dal tenore letterale della disposizione e che quindi una pattuizione orientata alla forma di corruzione prevista dall' art.318 c.p. non integri il reato di traffico di influenze illecite, l'alternativa obbligata consisterebbe nel ravvisare in essa l'accordo a commettere un delitto. Tuttavia "fuori dai casi di concorso con art.319 c.p. e 319-ter c.p." ha la funzione di anticipare la tutela penale a condotte anticipatorie di potenziali fatti di maggiore gravità, la condotta dei soggetti attivi del traffico di influenze illecite è anteriore e al di fuori del patto corruttivo ed ha una rilevanza autonoma rispetto ad esso. Ma al di là della progressione della condotta, il criterio discrezionale rispetto ai reati di corruzione sta nel fatto che il prezzo della mediazione non è diretto neppure in parte al pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, ma è diretto unicamente e

atteneva all'oggetto della dazione/promessa che doveva necessariamente consistere in "denaro o altro vantaggio patrimoniale" mentre nel reato di cui all'art.346 c.p. la controprestazione poteva sostanziarsi anche in un'utilità di carattere non patrimoniale (un qualsiasi favore, una prestazione sessuale, ecc)"

¹⁴⁶PRETE F. "Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (Art.346-bis c.p.)", in diritto penale contemporaneo, 20 dicembre 2012, pag.5.

interamente al mediatore, qualora questi decida di versare anche solo parte di quanto ricevuto al pubblico ufficiale risponderebbe di concorso in corruzione.

Il reato è a concorso necessario e la pena è identica per l'intermediario e per il privato; è aumentata se il primo è un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio, così come quando l'accordo miri ad influenzare attività giudiziarie.

E' infine prevista una circostanza attenuante oggettiva se il fatto è di particolare tenuità. Sul piano delle pene, la fattispecie di millantato credito è punita da un anno a cinque anni di reclusione, mentre il traffico di influenze illecite è punito da uno a tre anni.¹⁴⁷ Sorgono posizioni critiche sulla mitezza del quadro edittale, rilevando una scarsa efficacia nel contrastare fenomeni diffusi e perniciosi. Inoltre il massimo edittale così basso non permette neanche di utilizzare come strumento di raccolta della prova le operazioni di intercettazione, con le difficoltà che seguono in merito all'emersione e all'accertamento del reato. Occorre notare l'irragionevolezza delle sanzioni, poiché risulta punita più severamente la condotta di chi vanta relazioni inesistenti, cioè il millantato credito, piuttosto che la vendita di relazioni realmente esistenti, caratterizzata da un disvalore senza dubbio maggiore.¹⁴⁸ Sul piano applicativo è indubbio che la compresenza delle fattispecie rappresenti per l'organo di accusa un vantaggio, poiché permette di contestare l'uno o l'altro reato, in base al materiale probatorio a disposizione. Infatti nel caso in cui il pubblico ministero non fosse riuscito a reperire la prova della reale esistenza della relazione tra il mediatore e il pubblico agente avrebbe potuto contestare il reato come "millantato credito" e beneficiare delle conseguenze sul piano processuale come l'escussione diretta del "compratore di fumo" e la possibilità di utilizzare i mezzi di intercettazione.

In questo contesto di contrasti ermeneutici che avvolgono le due fattispecie e nella perenne e ansiogena emergenza repressiva è intervenuta la legge 3/2019, riscrivendo all'art. 1, comma 1, lett. s) e t) il piano dei rapporti tra millantato credito e traffico di influenze illecite. L'operazione compiuta dal legislatore è una sorta di travaso normativo, in quanto la fattispecie di "millantato credito" viene abrogata e il suo contenuto trasferito nell'art. 346-bis c.p., quest'ultimo amplia la sua portata includendo anche quanto espunto dall'*abolitio criminis*.

¹⁴⁷ LO CURTO C. "Prevenzione e contrasto della corruzione" cit., pag. 91.

¹⁴⁸ MAIELLO N.M. "L'abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza della riforma", in Archivio penale, 2019n.1, pag.3 ss.

La Relazione illustrativa al disegno di legge 1189/2018 specifica che ancora una volta l'intervento legislativo in materia è stato influenzato dalle indicazioni sovranazionali, come detto in precedenza, indicazioni che il legislatore del 2012 non aveva osservato fino in fondo, residuando pertanto un'esigenza di intervento chiarificatore, specialmente sul piano del rapporto tra le due fattispecie.

Le principali innovazioni apportate sono molteplici : l' introduzione nella clausola di riserva accanto agli art. 319 c.p./ 319-ter c.p. dell' art. 318 c.p.(corruzione per esercizio della funzione) così da rendere chiaro che se la mediazione va a buon fine, ovvero se il trafficante di influenze illecite si adopera efficacemente nei confronti del pubblico ufficiale, il quale accetta la dazione o la promessa di denaro o altra utilità, il reato ex 346-bis c.p. resterà assorbito dal più grave ex art. 318 c.p. realizzandosi un concorso trilaterale in corruzione per l'esercizio della funzione;

svincola inoltre l' assoggettamento a pena al requisito del “«compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio»; vengono così rese punibili, in conformità agli obblighi internazionali, anche le mediazioni attivate allo scopo di asservire il pubblico agente ovvero di remunerarlo per il compimento di un atto conforme ai doveri di ufficio (salvo il diverso trattamento sanzionatorio, più grave, previsto con la modifica del quarto comma dell'art. 346-bis c.p., nel caso in cui la mediazione illecita si ponga in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto dell'ufficio);

punisce il traffico di influenze illecite anche laddove soggetto attivo del reato fossero i soggetti di cui all' art 322-bis c.p. ovvero i soggetti pubblici stranieri;

prescinde dall' esistenza di un reale rapporto di influenza tra mediatore e soggetto pubblico e dall' eventuale “inganno” di una parte in danno dell'altra, rendendo punibile l'acquirente di un'influenza anche in quest' ultimo caso, sottolineando che il disvalore del fatto sta nell'acquisto di una mediazione illecita in sé in quanto potenzialmente in grado di produrre influenze distorsive della pubblica funzione;¹⁴⁹

prevede come contropartita degli accordi illeciti non solo una prestazione patrimoniale, ma adattandosi alle altre norme anticorruzione, inserisce accanto al

¹⁴⁹MONCALVO D.” *Tra il nuovo reato di traffico di influenze illecite ed i possibili impatti sul sistema 231*”, in *discrimen*, pag.6 ss.

denaro “altra utilità”¹⁵⁰. Infine il nuovo articolo inasprisce la pena, che nella formulazione precedente era inferiore al “Millantato credito” seppure si trattasse di un reato più grave, adattandolo in questo modo anche al trattamento sanzionatorio dell’art.318 c.p. inasprito dalla riforma.

Il traffico di influenze illecite è punito con la reclusione da uno a quattro anni e sei mesi, comunque più bassa della pena prevista per il millantato credito, e pertanto impedisce l’utilizzo delle intercettazioni come mezzo di raccolta della prova, con ciò che ne deriva in termini di difficoltà in merito all’emersione e all’accertamento del reato¹⁵¹, senza contare che la fattispecie risulta esclusa dai reati presupposto ai quali si applica la causa di non punibilità ex 323-terc.p. Allo stesso modo la pena inferiore a cinque anni comporta l’applicabilità della circostanza attenuante ex. 131 bis c.p. della particolare tenuità del fatto¹⁵², inoltre risulta tra i reati presupposto per l’applicazione ex art.317-bis delle pene accessorie dell’incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione e di interdizione dai pubblici uffici.

Sul profilo del diritto intertemporale della riformulazione del “Traffico di influenze illecite” l’idea espressa dalla Relazione del disegno di legge Bonafede è quella di abrogare il delitto di “Millantato credito” in modo da ricomprendere nella fattispecie riformulata anche le condotte penalmente rilevanti dell’art 346 c.p. ormai soppresso¹⁵³.

¹⁵⁰ LO CURTO C. “Prevenzione e contrasto della corruzione: le novità di diritto sostanziale introdotte con legge cd. Spazzacorrotti”, in Rivista 231, fasc. n.4/2019, Pag.68 ss.

MAIELLO N.M. “L’abrogazione del millantato credito” cit., pg.6.

GAMBARDELLA M. “Considerazioni sull’inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) nel disegno di legge Bonafede”, Cassazione penale, pagg. 3577-3588.

¹⁵¹Secondo Gambardella in GAMBARDELLA M., “Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti” cit., pag.57, secondo cui «senza intercettazioni non si vede come si possano fare le indagini in tema di traffico di influenze illecite». In alternativa, secondo A. CAMON, “Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura,” in Arch. pen., n. 3/2018, pag. 15, si sarebbe potuto provvedere all’inserimento del traffico di influenze nel catalogo dell’art. 266 c.p., evitando così una strumentalizzazione del quantum di pena edittale in ragione dei suoi effetti processuali.

¹⁵² CINGARI F. “Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione”, cit., pag.70

¹⁵³ Per comprendere lo spirito del legislatore del 2019 in relazione al traffico di influenze, si riporta di seguito un estratto della Relazione al Disegno di Legge, presentato dal Guardasigilli il 24 settembre 2018 alla Camera dei deputati:

«(...) Come osservato in dottrina, il messaggio che il codice penale deve convogliare ai consociati è, semplicemente, che «non si deve ricevere, né dare o promettere ad alcuno denaro o altra utilità, allo scopo di influire indebitamente sull’attività dei pubblici funzionari. In caso di trasgressione a questo

Per la relazione sembrerebbe un “*abrogatio sine abolitione*”: l’abrogazione del millantato credito non ha comportato alcuna abolizione della rilevanza penale della classe di fatti in esso tipizzati, ma tale conclusione suscita perplessità. Alla luce dell’analisi dell’evoluzione della fattispecie, residuerebbero una serie di circostanze dove il fenomeno dell’*abolitio criminis* esplicherebbe i suoi effetti., in particolare sulle sentenze definitive di condanna per il delitto di millantato credito, nelle quali il “faccendiere” avvalendosi di una condotta ingannatoria, abbia posto in essere dei raggiri in danno del “cliente”. In questi casi sembra da escludere qualsiasi continuità normativa con il nuovo art. 346-bis c.p. e la condotta sarebbe riconducibile al più al reato di truffa. Queste condotte non risultano sussumibili nel traffico di influenze illecite come appena novellato, ma per il futuro potranno trovare rilevanza penale solo in relazione al reato di truffa. Si tratta quindi di una parziale *abolitio criminis* del delitto di millantato credito cui consegue la revoca ex art 673 c.p.p. della condanna definitiva per i fatti collegati a una frode o ad un inganno ai danni del “cliente”. Ciò sulla scorta della giurisprudenza in materia di successione di leggi (cfr. Sent. Sez. un. Rizzoli) in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni (come nel nostro caso tra il delitto di millantato credito abrogato e quello di truffa che si riespande), va dichiarata *l’abolitio criminis*¹⁵⁴.

L’ estensione dell’ambito di operatività del reato in questione e la previsione della punibilità anche del committente, accanto al mediatore giustifica il suo inserimento all’ interno dei reati presupposto della responsabilità dell’ente. In questo caso si assisterà alla responsabilità *ex crimine* dell’ente qualora il committente rivesta una posizione qualificata all’ interno dell’ente sia esso un apicale ovvero appartenente all’ organo di gestione, amministrazione, direzione dell’ente stesso, oppure un sottoposto all’ altrui direzione ed abbia agito nell’ interesse o a vantaggio dell’ente. Il mediatore illecito può essere un soggetto privato, incardinato presso una società, o

divieto, tutti coloro che partecipano al pactum [devono] essere sottoposti a un omogeneo trattamento sanzionatorio ai sensi della nuova ipotesi delittuosa di traffico di influenze illecite, la quale [deve] dunque sostituire la norma previgente in materia di millantato credito: senza distinguere tra l’ipotesi in cui chi riceve la promessa o la dazione già disponga, al momento del fatto, delle relazioni «giuste» ovvero semplice-mente le millanti («ci penso io, stai tranquillo, conosco tutti al ministero»), perché in ogni caso il fatto crea un significativo pericolo che qualche pubblico ufficiale sia avvicinato ed effettivamente corrotto grazie alle disponibilità acquisite dal mediatore (o «faccendiere» che dir si voglia)

¹⁵⁴GAMBARDELLA M., “*Il grande assente nella nuova legge “spazzacorrotti”*”, cit., pag. 73

una persona giuridica e agire pertanto nell' interesse della stessa, allo stesso modo del finanziatore.

A tal fine si riconosce l'esigenza di inserire misure volte ad anticipare ulteriormente l'intervento di neutralizzazione del rischio di verifica dei reati corruttivi, il quale potrà concretizzarsi, a titolo esemplificativo, attraverso:

- lo sviluppo di una maggiore eticità d'impresa, nonché di una maggiore attenzione al rispetto dei principi di buona gestione, integrità e trasparenza;
- la creazione di un contesto operativo che non permetta il radicarsi di situazioni potenzialmente a rischio di interferenze illecite anche attraverso il rigoroso rispetto dei principi di tracciabilità e dei processi decisionali e di segregazione delle funzioni;
- l'intensificazione del coinvolgimento dei destinatari nella prevenzione delle situazioni di *mala gestio* e nella segnalazione di condotte illecite o poste in essere in violazione del Modello (cd. Whistleblowing);
- l'assoggettamento ai principi etico e comportamentali autoimposti anche ai terzi che intrattengano rapporti con l'ente. Da ultimo, deve sottolinearsi come tale attività potrebbe risultare meno gravosa – ed in parte già compiuta – nel caso in cui si approcci ad analizzare un Modello di organizzazione e gestione adottato dalle compagini societarie sottoposte altresì agli obblighi derivanti dalla normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza (L. 190/2012), vale a dire enti pubblici economici, nonché enti e società di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, già in precedenza tenuti all'adozione di Misure integrative al MOG 231 volte alla prevenzione delle ipotesi di corruzione dei fenomeni *di mala gestio* tra cui si annoverano anche ipotesi di mercimonio di influenze illecite e di illecito condizionamento dei pubblici poteri a scopi utilitaristici privati.

Sotto un profilo critico, occorre considerare che risultano poco convincenti e lineari le ricadute sulla responsabilità delle persone giuridiche derivanti dall' assorbimento della fattispecie di millantato credito nell' art. 346-bis c.p., poiché non si riesce a cogliere come possa una semplice millanteria rappresentare un vantaggio per l'ente. Infatti è pressoché impossibile rinvenire un interesse per l'ente nell'accordarsi con un "venditore di fumo", il quale per definizione è assolutamente incapace di influenzare

le decisioni di un soggetto pubblico, considerata la natura fittizia delle relazioni vantate.

L'unico modo per affermare la compatibilità della vanteria di relazione meramente asserita con l'interesse e vantaggio dell'ente ex. Art.5 d.lgs.231/2001 sarebbe optare, in ordine con quanto previsto dalla stessa relazione ministeriale del decreto, per un'interpretazione prettamente soggettivistica di tale requisito, incentrata sul movente psicologico e le finalità perseguite dal soggetto incardinato nella struttura dell'ente collettivo. Sembra però più razionale una ricostruzione ermeneutica in senso oggettivistico tra il fatto illecito e la sfera di interessi propria della persona collettiva, specie in situazioni in cui appaia *in re ipsa* l'inidoneità del reato a soddisfare un interesse di quest'ultima.¹⁵⁵

3.3.L' art.346- bis e il fenomeno delle lobby: come incide sulla compliance

La recente riforma del traffico di influenze illecite incide sul fenomeno delle lobby, aprendo uno scenario poco rassicurante poiché non risulta chiaramente delimitato quanto costituisca “attività tese alla partecipazione e all'informazione lecita del decisore pubblico e condotte affaristiche antiggiuridiche finalizzate ad alterare il corretto processo di formazione della volontà pubblica e lesive dei beni tutelati dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione”. Il tema assume particolare rilevanza ad esempio per una consulenza avente ad oggetto “attività di relazioni istituzionali” laddove il consulente si ponga come intermediario tra l'ente e il soggetto pubblico¹⁵⁶. Si tratta di attività che alla luce dell'indeterminatezza e genericità della fattispecie ex art.346-bis c.p. correrebbero il rischio di vedersi comprese nell' alveo delle condotte penalmente rilevanti¹⁵⁷. In quest'ottica, pertanto, risulta prioritario un intervento sollecito volto a dotare l'ordinamento di una disciplina chiara e precisa delle attività di lobbying, al fine di determinare in quali casi tali attività, ancorché destinate ad operare attraverso

¹⁵⁵In tal senso MONGILLO V. “*La spazzacorrotti*” cit., pagg.297-304

¹⁵⁶D'AVIRRO M. “*La legge 3/2019 e le novità in tema di responsabilità da reato degli enti.*”, in *discrimen*, 29 aprile 2019, pag.2 ss.

¹⁵⁷IBIDEM

influenze e mediazioni con il pubblico agente, possano ritenersi lecite¹⁵⁸ (in quanto esse stesse funzionali alle decisioni istituzionali) e quando, al contrario, si concretizzi il rischio di una deriva patologica in contrasto con i beni giuridici tutelati dall'ordinamento¹⁵⁹.

L' introduzione del "traffico di influenze illecite" tra i reati presupposto implica la necessità di dover adattare i modelli organizzativi in modo da far fronte sul piano preventivo all' individuazione di tutti i processi sensibili al rischio reato. Quindi, di procedere a un aggiornamento dell' analisi del rischio posto a fondamento dei modelli di gestione e controllo degli enti e una verifica circa l' adeguatezza dei controlli interni esistenti e la necessità di rafforzamento di questi ultimi, compito demandato all' Organismo di Vigilanza.

Ritornando all' attività di lobbying sarà necessario analizzare i rischi connessi alle attività che pongono in relazione due soggetti privati, tra i quali uno dei due possa porre in essere attività di mediazione illecita con un pubblico agente, in cambio del conseguimento di un interesse o vantaggio per l' ente stesso. Sarà opportuno che si proceda all' aggiornamento della mappatura delle attività a rischio reato, con riferimento ai processi aziendali che possano collidere con il nuovo reato presupposto introdotto, riguardando anche soggetti che siano esterni all' ente ma collaborino con questo intrattenendo per nome e per conto dell' ente stesso rapporti con pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, anche stranieri ex art 322-bis

¹⁵⁸Dello stesso avviso MONGILLO V. *"Il delitto di traffico di influenze illecite dalla "legge Severino" alla "Spazzacorrotti"*, cit ,pag. 103 "Per stabilire con accuratezza quando una condotta può dirsi antigiuridica, occorrerebbe una disciplina amministrativa retrostante, tale da assicurare il necessario addentellato contenutistico all' elemento di illecità speciale in oggetto".

Lamenta tale perdurante carenza anche SEVERINO P. *"Senza norme sul lobbysmo difficile abbattere l' illegalità"* in diritto penale contemporaneo, 21 giugno 2018 "Non posso non ricordare come, nel concludere il faticoso e difficile percorso della legge anticorruzione, avessi invitato il Parlamento a completare il quadro delle leggi necessarie ad evitare queste commistioni, con una normativa volta a regolamentare il lobbysmo. Con la precisazione che esso non è un fenomeno illecito di per sé, ma va disciplinato in termini di trasparenza e riconoscibilità. Solo così si potranno distinguere episodi di lecita promozione di attività imprenditoriali da episodi di traffico di influenze illecite o di vera e propria corruzione."

¹⁵⁹SCUDERI G. *"Il nuovo traffico di influenze illecite: correlazione con l' attività di lobbying e profili applicativi sui modelli organizzativi"*, in Rivista 231, fasc. 01/2020, pag. 56 ss. "La difficoltà nel distinguere chiaramente cosa è lecito da cosa non lo è, si manifesta ancora più apertamente laddove il cd. lobbista (rappresentante di interessi leciti) si adopera per influenzare il pubblico agente non per ottenere un provvedimento a cui il soggetto privato abbia diritto (ad es. un' autorizzazione amministrativa in presenza di tutte le condizioni ed i requisiti prescritti ex lege) bensì per orientarlo favorevolmente rispetto ad una decisione connotata da discrezionalità, ossia dove il pubblico agente debba scegliere tra un ventaglio di opzioni tutte astrattamente compatibili con il pubblico interesse"

c.p.¹⁶⁰. Si pensi, ad esempio, ai rapporti intrattenuti da mediatori, agenti, procuratori o collaboratori anche esterni che, a vario titolo, per l'espletamento della propria attività, concludono in nome o per conto dell'ente attività finalizzate al rilascio di licenze, autorizzazioni o permessi da parte di soggetti pubblici, ovvero a soggetti (generalmente società di consulenza specializzate) capaci di facilitare l'ottenimento di fondi pubblici tramite specifici progetti di assistenza per la partecipazione a tender italiani o europei¹⁶¹. Il sistema dei controlli dovrà tener conto di tale aumento del rischio e dovrà essere volto a implementare ulteriormente il grado di tracciabilità e trasparenza con i consulenti/intermediari. E nel far questo potrà essere di aiuto mutuare in parte meccanismi di trasparenza implementati nel sistema europeo¹⁶² e in talune istituzioni italiane¹⁶³ (Camera dei deputati; MISE), ove si manifesta la

¹⁶⁰sul punto SCUDERI G. *“Il nuovo traffico di influenze illecite”*, cit., pag.61, “Sempre più spesso, infatti, le società si avvalgono della collaborazione di consulenti che, in forza della loro competenza e professionalità sulla materia di volta in volta di interesse della società, intervengono al fine di supportare la stessa nella gestione operativa di una o più pratiche amministrative. A titolo esemplificativo, si osserva come il settore privato farmaceutico, in virtù della forte regolamentazione nelle attività di commercializzazione dei farmaci, nonché nell'attività di farmacovigilanza ed in considerazione della supervisione di diversi dicasteri (Ministero della Salute e Ministero dell'Economia) ed Authority (Agenzia Italiana del Farmaco, cd. AIFA), richieda sempre più spesso il coinvolgimento di consulenti esterni specializzati negli affari regolatori, al fine di affiancare o supportare le figure aziendali interne responsabili del processo. Ne consegue che una corretta attività di risk assessment dovrà tenere conto dell'aumento del rischio che dai rapporti con consulenti ed intermediari possono derivare alla società rispetto alla potenziale configurazione della fattispecie di cui all'art. 346 bis c.p..”

¹⁶¹MONCALVO D. *“Legge 9 gennaio 2019 n. 3: una riforma controversa”* cit., pag.8.

¹⁶²A livello sovranazionale l'art. 11 del Trattato dell'Unione Europea, «Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione» a cui ha fatto seguito il Libro Verde COM-2006/194: «Iniziativa europea per la trasparenza», redatto dalla Commissione UE. Tale documento rappresenta formalmente la volontà della Commissione Europea di circoscrivere il campo di applicazione e le modalità di azione dei lobbisti, formalizzando un insieme di regole di base, volte a riconoscere la legittimità del lobbying all'interno dei sistemi democratici, nonché la necessità che i gruppi di pressione garantiscano la trasparenza della propria attività, illustrando chiaramente gli obiettivi, le modalità di finanziamento ed i soggetti per cui operano.

¹⁶³Si rilevano diverse leggi regionali sul tema, ossia: l. 61/2010 dalla Regione Abruzzo «Disciplina sulla trasparenza dell'attività politica e amministrativa e sull'attività di rappresentanza di interessi particolari»; la l. 5/2002 della Regione Toscana «Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio regionale della Toscana»; l.24/2004 della Regione Molise «Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio regionale del Molise». A complicare ulteriormente il quadro, intervengono diverse norme legislative volte ad incrementare la trasparenza e la tracciabilità dell'attività dei decisori pubblici, come dimostra l'introduzione della normativa cd. F.O.I.A. (Freedom of Information Act), di cui al d.lgs. 97/2016, con cui si istituisce l'accesso civico generalizzato per garantire a chiunque il diritto di accedere ai dati e ai documenti posseduti dalle pubbliche amministrazioni, se non c'è il pericolo di compromettere altri interessi pubblici o privati rilevanti, indicati dalla legge; dalla normativa in materia di conflitto di interessi, ossia il d.lgs. 39/2013 «Disposizioni in materia di inconferibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico», la cui ratio è evitare che incarichi pubblici che richiedono

manca di una disciplina organica¹⁶⁴. Ne consegue che la società dovrà effettuare una ricognizione dei diversi consulenti ingaggiati al fine di mappare in maniera completa tutte le attività che questi svolgono e che comportino un rapporto diretto con la pubblica amministrazione, accertandosi che taluna di queste attività sia fondata in appositi contratti o lettere di incarico che contemplino compiutamente l'oggetto e le attività che il consulente/intermediario è autorizzato a porre in essere. Diviene fondamentale la fase di contrattualizzazione del rapporto, nel quale possono essere adottate dall'ente delle apposite misure:

- individuazione delle attività che svolgerà sulla base del contratto sottoscritto.
- Individuazione in via preventiva degli uffici della P.A. con i quali entrerà in contatto e i suoi referenti.
- L'indicazione dei collaboratori dei quali intenderà avvalersi.

Nell'ottica di aumentare il grado di trasparenza potrà essere opportuno:

- Indagare, come previsto nel «Regolamento di disciplina dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei deputati» sulla sussistenza in capo ai consulenti / intermediari e ai loro collaboratori, di requisiti di onorabilità, quali ad esempio il non avere subito condanne definitive per reati contro la P.A. nonché l'insussistenza di rapporti extra-professionali con Pubbliche Amministrazioni potenzialmente coinvolte nell'attività svolta per la società che potrebbe compromettere l'imparzialità nella gestione dell'incarico.
- Richiedere al consulente/intermediario la predisposizione di relazioni periodiche ove siano riportate le attività svolte, gli obiettivi conseguiti, e gli esponenti pubblici con i quali si è interagito.

L'Organismo di Vigilanza cui è deputato il controllo sull'osservanza del modello organizzativo ai sensi dell'art.6 d.lgs. 231/2001 potrà essere destinatario di appositi flussi informativi da parte del referente aziendale responsabile del rapporto con il consulente/intermediario, sia qualora sorgano anomalie o incongruità nello

imparzialità e distanza da interessi particolari siano affidati a soggetti che per la provenienza o per precedenti comportamenti tenuti, possano far dubitare della propria personale imparzialità.

¹⁶⁴Regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della camera dei deputati, approvata dalla Giunta per il Regolamento nella seduta del 26 aprile 2016; Deliberazione dell'ufficio di Presidenza dell'8 febbraio 2017, *disciplina dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati*, con la quale è istituito presso l'Ufficio di Presidenza il Registro dei soggetti che svolgono professionalmente l'attività di rappresentanza di interessi verso i deputati presso le sedi della Camera. Sulle criticità di tale regolamentazioni "la regolamentazione incompiuta delle lobby in Parlamento", www.openpolis.it

svolgimento delle attività, sia per il normale esercizio del proprio potere di controllo sulla correttezza di quanto posto in essere dagli stessi soggetti. Nella complessiva opera di adattamento e adeguamento dei modelli 231, la società dovrà aggiornare i protocolli di comportamento nonché i codici di condotta così da estendere apposite prescrizioni ed obblighi anche ai consulenti/ intermediari e prevederne di specifici in base alle attività cui essi sono preposti, nonché adeguare il trattamento sanzionatorio, in modo da consentire una punizione anche a costoro, in caso di violazione degli obblighi e delle prescrizioni.

In conclusione, sembra, alla luce dell'estensione operata dalla nuova fattispecie al fenomeno delle lobby, opportuno procedere a una regolamentazione esaustiva così da evitare che si faccia ricorso alla disciplina frammentata adottata presso le istituzioni pubbliche¹⁶⁵.

3.4. L'inasprimento delle sanzioni interdittive

Le novità introdotte dalla “Spazzacorrotti” hanno inciso fortemente sul sistema sanzionatorio a carico delle società. Mentre per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie le modifiche non paiono di particolare rilevanza (adesso possono arrivare fino a duecento quote). Ben più significative sono le nuove disposizioni riguardanti le sanzioni interdittive e la relativa applicazione in sede cautelare¹⁶⁶. Come è noto le sanzioni interdittive applicabili nei confronti della società consistono nella:

- a) Interdizione dall'esercizio dell'attività;
- b) Sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- c) divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
- d) esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- e) divieto di pubblicizzare beni o servizi.

¹⁶⁵ In tal senso SCUDERI G. “*Il nuovo traffico di influenze illecite*” cit., pag.71

¹⁶⁶ In tal senso SANTORIELLO C. “*Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti “furori sanzionatori*”, in diritto penale e processo, fasc. 6/2019 pag.758

L' applicazione delle stesse dipende dalla presenza delle seguenti condizioni:

1) si proceda per un reato, in presenza del quale, qualora la società sia stata dichiarata responsabile, è prevista l'applicazione in sede di condanna di una sanzione interdittiva;

2) a. - l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative ovvero,

b. - in caso di reiterazione degli illeciti;

lo stesso articolo (13 comma 3 d.lgs. 231/2001) ne esclude l'applicazione qualora non ricorrano le ipotesi di cui all'art.12, comma1, d.lgs. n. 231 del 2001, ovvero l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo o il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità. La riforma non ha modificato i presupposti di applicazione delle stesse, ma è intervenuta apportando una modifica alla durata delle stesse a seconda che i reati di corruzione di cui all' art.319 c.p., 319-ter c.p.,321 c.p. ,322 secondo e quarto comma c.p. siano compiuti da un soggetto "apicale" o "sottoposto".¹⁶⁷

Nella l. 3/2019, all'art. 1, comma 9, lett. b), n. 2, si legge che il comma 5 (dell'art. 25, d.lgs. 231/2001) è sostituito dal seguente: «Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), e per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lett. b)». Prima dell'odierna modifica le sanzioni interdittive a norma dell'art 13 d.lgs.231/2001 potevano avere una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni, fatta salva l' ipotesi circoscritta ed eventuale di applicazione in via definitiva in casi particolarmente gravi e subordinandola a un giudizio prognostico di irrecuperabilità dell'ente. Emerge chiaramente lo scopo di tale apparato sanzionatorio: la priorità legislativa

¹⁶⁷PIERGALLINI C. "Responsabilità da reato degli enti collettivi", in rivista diritto penale e processo, fasc. 6/2019, Pag.745 ss.

non risiede nella distruzione della ricchezza imprenditoriale ma il sistema mira a riportare l'ente sui binari della legalità, disincentivando situazioni di deficit organizzativi che possano agevolare o persino promuovere l'attività delittuosa. Solamente in presenza di situazioni una peculiare pericolosità dell'organizzazione responsabile dell'illecito dipendente da reato, la legge ammette più invasive forme di incapacitazione che siano comunque limitate nel tempo e limitate al settore inquinato dall'attività criminosa.

L'intervento si pone certamente in linea con le finalità repressive della novella, in gran parte incentrata sul tentativo di potenziare l'arsenale sanzionatorio (principale e interdittivo) rivolto a persone fisiche e giuridiche per la commissione dei reati contro la pubblica amministrazione. In tale ottica, la dilatazione dei limiti di durata della misura interdittiva applicabile all'ente appare coerente con il parallelo intervento di estensione dei casi di applicazione delle pene accessorie nei confronti delle persone fisiche ed il loro complessivo inasprimento, in linea con le raccomandazioni giunte a livello sovranazionale. Tuttavia, la modifica apportata all'impianto 231 non può certamente ritenersi del tutto esente da profili di criticità:

Dall'analisi del testo normativo possono muoversi tre ordini di osservazioni la prima, il legislatore ha differenziato la durata della sanzione interdittiva in base alla posizione rivestita dal soggetto agente all'interno dell'ente, ovvero se questo sia un apicale o un sottoposto. La ragione di questa differenziazione risiede nel grado di identificazione tra autore materiale e ente: chi si trova in posizione apicale ovvero rivesta una "funzione di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso", è senz'altro maggiore, al contrario chi è sottoposto all'altrui direzione o vigilanza avrà un grado minore di identificazione con l'ente e perciò la sanzione a carico di quest'ultimo sarà meno grave. Diventa quindi necessario accertare non solo l'identità del soggetto autore del reato ma individuare anche la funzione rivestita all'interno dell'ente, in chiaro contrasto con l'art 8 d.lgs. 231/2001. La seconda, tale inasprimento delle sanzioni interdittive tradisce la funzione del sistema delineato dal

d.lgs.231/2001 basato sulla prevenzione del rischio reato¹⁶⁸: alle sanzioni interdittive è riconosciuto un *carattere di extrema ratio* proprio per le ripercussioni che queste possono avere sulla vita dell'ente, di conseguenza l'entità di queste non dovrebbe mai essere tale da annientare l'ente. La terza, appare a dir poco irragionevole l'asprezza delle sanzioni interdittive che possono essere inflitte all'ente nel caso in cui un suo appartenente abbia posto in essere una condotta delittuosa riconducibile a una delle fattispecie previste dall'art. 25 d.lgs.231/2001. Infatti il legislatore ha ommesso di intervenire sugli altri più gravi reati al fine di calibrare il trattamento sanzionatorio (es. associazione di stampo mafioso, disastro ambientale, riduzione in schiavitù). Il piglio repressivo della riforma essendosi riverberato anche sulla disciplina della responsabilità da reato degli enti, non possono non farsi le stesse osservazioni fatte in merito, in riferimento alle persone fisiche. Nonostante il fenomeno corruttivo rappresenti un preoccupante fenomeno criminale non pare contraddistinto da peculiarità emergenziali tali da giustificare un intervento così draconico. E' necessario osservare che una risposta così severa rischia di abbandonare i principi cardine su cui si basa il sistema penale, primo tra tutti il principio di proporzionalità della pena e di sufficiente determinatezza del precetto penale.

Specularmente alla riforma delle sanzioni interdittive, il legislatore ha modificato l'art.51 d.lgs.231/2001 prevedendo dei limiti di durata quando queste vengono applicate in sede cautelare. In proposito l'articolo in precedenza fissava come limite massimo un tempo pari alla metà di quello fissato dall'art.13 comma 2, cioè pari a un anno, quando applicata in fase di indagini preliminari, mentre dopo la sentenza di condanna di I grado la misura cautelare interdittiva poteva avere stessa durata della corrispondente sanzione applicata. In ogni caso la misura cautelare non poteva superare i due terzi del termine massimo stabilito ex art 13 comma 2 d.lgs. 231/2001. Dunque si può notare che il limite temporale massimo veniva stabilito in base all'art.13 comma 2 per qualunque reato presupposto alla responsabilità dell'ente, ad oggi invece i termini risultano più alti se il reato presupposto sia corruzione propria,

¹⁶⁸FUSCO, FRAGASSO B. "Dalla legge Severino alla legge cd. Spazzacorrotti, tra prevenzione e repressione, il legislatore amplia gli strumenti investigativi di contrasto alla corruzione, importando esperienze da altri ordinamenti (undercover e whistleblowing) rendendo applicabili le indagini con captatore informativo, rafforzando il sistema 231", in Rivista 231, fasc. 4/2019, pag115.

corruzione in atti giudiziari, istigazione alla corruzione. Pertanto, il riferimento alla sanzione definitiva per calibrare i termini di durata delle misure cautelari interdittive non è più utilizzabile. Il legislatore per tale ragione, ha previsto un termine fisso di durata, non superiore ad un anno, con possibilità di proroga, in ogni caso non superiore ad un anno e quattro mesi. Bisogna però chiarire che tali termini valgono qualunque sia il reato presupposto e quindi non solo per i reati di corruzione per i quali è stato previsto il menzionato aumento dei termini della sanzione interdittiva.¹⁶⁹ Nell' applicare la sanzione interdittiva il giudice deve tener conto dei criteri di cui all' art.14 dello stesso decreto. Inoltre ai sensi dell'art 16 si attribuisce al giudice la facoltà di applicare le sanzioni interdittive in via definitiva qualora ne ricorrano i presupposti. Come è stato osservato la temporaneità della sanzione mira a conciliare le esigenze special preventive e repressive con l'esigenza di non sacrificare l'attività dell'ente e di consentire un ritorno alla legalità, favorendo l'adozione del modello organizzativo. Tale esigenza si riflette direttamente sull' art. 74 d.lgs. 231/2001, che consente al giudice di autorizzare, su richiesta dell'ente, atti di gestione ordinaria che non comportino la prosecuzione dell'attività interdetta. Le sanzioni interdittive quando applicate a enti di grandi dimensioni comportano delle conseguenze "negative" anche in capo a soggetti estranei al reato, motivo per cui il legislatore ha previsto la possibilità di proseguire l'attività dell'ente, e quindi di sostituire la sanzione interdittiva con la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario giudiziale.

A fronte di questa impostazione legislativa, l' intervento della "Spazzacorrotti" risulta pienamente distonica sia sotto il profilo degli equilibri sanzionatori , in quanto all' inasprimento delle sanzioni interdittive applicabili all' ente a seguito della commissione di un reato previsto dall' art 25 d.lgs. non è conseguito un eguale inasprimento delle sanzioni interdittive applicabili a reati presupposto ritenuti molto più gravi come i delitti di criminalità organizzata art. 24-ter, delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell' ordine democratico art.25-quater, ed ai casi di omicidio colposo in violazione delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro

¹⁶⁹SANTORIELLO C. *"Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende"* in archivio penale, Fasc.n1/gennaio-aprile 2019, pag.3 ss.

art. 25-septies, che al contrario risultano punibili salvo che per eccezionali ipotesi aggravate, vedono come limite massimo di durata delle sanzioni interdittive quello ordinario previsto dall' art.13 d.lgs.231/2001 a fronte di quello novellato per i delitti di corruzione. L' alterazione degli equilibri sanzionatori risulta chiaramente irragionevole, allo stesso tempo l'innalzamento del limite edittale genera gravi ripercussioni sul piano economico.

3.5. Il carattere di *extrema ratio* delle sanzioni interdittive e squilibri sanzionatori

Le reazioni interdittive hanno sempre rappresentato per il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001, un'ipotesi di reazione dell'ordinamento dettato da situazioni di particolare gravità, la cui applicazione rappresenta un'*extrema ratio* data l'importanza delle ripercussioni che queste provocano sotto il profilo economico- finanziario all' ente cui vengono inflitte. Tale carattere si evince in maniera chiara dal testo dell'art 13, che disciplina i presupposti applicativi. Queste fanno fronte a esigenze di tipo preventivo, sia nell' ottica della prevenzione generale (negativa) sia che della prevenzione speciale. Per quanto attiene al primo aspetto, in quanto incidenti sull' attività dell'ente sono provviste di una specifica finalità deterrente dalla commissione degli illeciti per le quali sono espressamente previste, in quanto la sola sanzione pecuniaria rischia di essere concepita come un prevedibile rischio di impresa i cui costi sono presumibilmente scaricati sui consumatori. Sotto il profilo della efficacia special- preventiva, le sanzioni interdittive inibendo l'attività dell'ente elidono le possibilità di commettere nuovi illeciti; mentre sul versante della prevenzione speciale positiva, incentivano l'ente ad adottare dei modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione dei reati della stessa specie di quello verificatosi. Per questo motivo, l'eliminazione delle carenze organizzative ai sensi dell'art. 17 d.lgs. 231/2001 mediante l'adozione dei modelli rappresenta uno dei requisiti necessari ai fini della disapplicazione delle stesse. La Relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 mette in luce come la disciplina delle sanzioni interdittive delinei un sistema sanzionatorio non orientato in chiave meramente repressiva bensì funzionale al conseguimento di un'effettiva tutela dei beni protetti. Qualora l'applicazione di misure interdittive possa causare seri danni collaterali sul

piano sociale come interruzione di pubblici servizi, rilevanti ripercussioni occupazionali, si prevede in sostituzione il commissariamento giudiziale¹⁷⁰. L'espulsione dal mercato prevista ex art 15 d.lgs.231/2001 è prevista solo in casi estremamente gravi, in cui il giudice abbia sulla base di un giudizio prognostico ritenuto assolutamente impossibile un ritorno dell'ente alla legalità, trattandosi di un'impresa intrinsecamente criminale". Tornando all' art. 13 d.lgs. 231/2001, che fissa alla lett. a) e b) due condizioni, tra loro alternative che devono essere accertate nel concreto dal giudice ai fini dell'applicabilità delle predette sanzioni, da riservare, per espressa previsione del legislatore delegante (cfr. art. 11, comma 1, lett. l, l. n. 300/2000) alle ipotesi più gravi di commissione dell'illecito da parte dell'ente collettivo. La lettera a) prevede che la sanzione interdittiva possa applicarsi quando "l'ente ha tratto un profitto di rilevante entità" e "il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicali ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione", quando in questo caso, la commissione del reato è stata agevolata da gravi carenze organizzative". L'ipotesi in esame è, a sua volta, articolata in due sub condizioni, tra loro cumulative, quali la rilevanza, sotto il profilo quantitativo, del profitto tratto dal reato e la qualificazione soggettiva dell'autore del reato, nel caso in cui fosse un soggetto sottoposto all'altrui direzione è necessario il riscontro di "gravi carenze organizzative". Nella prima sub condizione, si riferisce in senso oggettivo del "profitto di rilevante entità" si pone la questione relativa alla qualificazione del profitto come margine di guadagno, risultare dalle spese sostenute detratte dal ricavo, secondo il criterio del "netto", o invece anche dal ricavo complessivo, derivante ad esempio dal contratto stipulato a seguito della corruzione commessa, secondo il criterio del "lordo". In secondo luogo ci si chiede se tale categoria ricomprenda anche componenti immateriali come ad esempio una posizione di vantaggio competitivo sul mercato ovvero la prospettiva in ipotesi piuttosto certa di ottenere contratti ulteriori. Sotto quest'ultimo profilo, la questione si può risolvere osservando le connessioni con l'istituto della confisca di cui all'art. 19 d.lgs.231/2001, ed espressamente menzionata tra le sanzioni amministrative tipiche ex art 9 comma 2 lett. c), sembra probabile l'argomento volto a includere il profitto immateriale,

¹⁷⁰ MONGILLO V. *"La legge spazzacorrotti: ultimo approdo del diritto penale emergenziale"* cit. pag. 67, Pag. 307 ss.

essendo il profitto un parametro che consente di accertare la gravità del fatto. Per quanto concerne l'attributo "rilevante", stante l'impossibilità di definire ex ante da parte del legislatore i limiti quantitativi di rilevanza del profitto, a causa delle difficoltà sul piano probatorio che potrebbero scaturire, nonché dalle spregiudicate strategie che potrebbero essere poste in essere nel tentativo di aggirare tali parametri fissi allo scopo di sfuggire dalla sanzione interdittiva, si può ritenere che un profitto di rilevante entità sia non necessariamente tale per l'utile netto conseguito, ma anche quello che si traduce in componenti immateriali e prospettive. Il giudice dovrà nel concreto accertare la sussistenza di elementi che prescindono da parametri prettamente quantitativi per ricomprendere elementi stimabili qualitativamente per valutare la rilevanza del profitto. Nella seconda sub condizione è rimarcato il profilo soggettivo della rimproverabilità dell'illecito all'ente, il riferimento è a coloro che rivestono una posizione apicale, poiché implica un elevato coinvolgimento dell'ente nel fatto reato e dunque giustifica la severità della punizione, sempre che ai sensi dell'art 6 d.lgs. 231/2001 questi non abbiano eluso in maniera fraudolenta i modelli organizzativi, evenienza che escluderebbe la responsabilità dell'ente stesso. La condizione alternativa di cui alla lett. b) dell'art. 13 comma 1 ai fini dell'applicabilità delle sanzioni interdittive si riferisce alla "reiterazione degli illeciti", concetto ripreso all' art. 20 d.lgs. 231/2001 a mente del quale si ha reiterazione laddove l'ente abbia già riportato una condanna definitiva per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla sentenza definitiva. Questa forma di recidiva non ha a che fare con la persona fisica autore del reato, potendo essere diversa da quella che ha dato luogo alla prima condanna, così come diverso potrebbe essere il reato presupposto, ma riguarda solamente la persona giuridica, costituendo un rilevatore di una persistente colpa di organizzazione. Una volta che il giudice abbia riscontrato la sussistenza delle condizioni indicate all'art. 13, dovrà procedere all'applicazione delle stesse, orientando la sua scelta tra quelle indicate all'art.9 comma 2. Ai fini della commisurazione dell'interdittiva bisogna considerare da un lato la scelta della sanzione ai sensi del combinato disposto tra art. 14 e art. 11 d.lgs. 231/2001, dall' altro stabilire i limiti temporali della stessa. I parametri previsti all'art.11 sono la "gravità del fatto", "la responsabilità dell'ente" e "l'attività posta in essere dall' ente per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la

commissione di ulteriori illeciti”: i primi due comportano una valutazione del fatto accaduto, il terzo implica da parte del giudice un giudizio prognostico. La finalità special preventiva, trova riferimento espresso all’ art. 14 d.lgs. 231/2001 dove viene esplicitato attraverso la locuzione “l’idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso”. Dunque parametro primario della selezione della sanzione interdittiva da applicare consisterà nel rapporto tra la tipologia di sanzione interdittiva da irrogare e il genere dell’illecito posto in essere. Il giudice prima di ogni altra valutazione dovrà operare un vaglio tra le varie sanzioni interdittive e selezionare quella più adeguata, adeguatezza che consiste nella efficienza della stessa sanzione a neutralizzare il pericolo di reiterazione dei reati, in accordo con la matrice special preventiva, senza trascurare la specifica attività presso la quale l’illecito si è verificato. In questo senso si può comprendere più facilmente quanto previsto dal citato art. 14 all’ultimo comma, nel quale viene stabilito espressamente che l’applicazione della sanzione dell’interdizione dalla attività può essere disposta solamente nel caso in cui l’irrogazione di tutte le altre sanzioni risulti inadeguata. Il giudizio di inadeguatezza dovrà necessariamente basarsi sulla gravità del fatto, la responsabilità dell’ente e l’efficienza preventiva della sanzione rispetto alla situazione data. Come accennato in precedenza, le sanzioni interdittive generano importanti riflessi sulla vita dell’ente, capaci anche di travalicare quest’ultimo e di produrre pregiudizi in capo a soggetti estranei al reato, da ciò ne discende il carattere di sanzione “estrema”.

Allo scopo di evitare che il criterio dell’estraneità al fatto potesse minare la portata applicativa delle sanzioni interdittive, subentra la possibilità di derogare la misura interdittiva, a seguito del positivo riscontro della sussistenza di due condizioni tra loro alternative, laddove il giudice abbia optato per la interdizione dall’ esercizio dell’attività. All’art.15 d.lgs.231/2001 vengono espressamente dettate le condizioni a) e b) in presenza delle quali, la deroga potrà essere disposta dal giudice direttamente con sentenza di condanna. Le due condizioni paiono entrambe caratterizzate da una valenza pubblicistica: da un lato viene in considerazione l’interesse della collettività genericamente intesa, qualora l’ente svolga un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità, l’altra condizione riguarda invece le conseguenze occupazionali all’ accertamento nel concreto della sussistenza della

prima condizione, il giudice dovrà non solo accertarsi che l'ente svolga un'attività rientrante nelle categorie menzionate dalla norma, ma dovrà procedere secondo un calcolo probabilistico, basato su incerti parametri oggettivi, all'accertamento nel concreto che la sospensione dell'attività determini un pregiudizio alla collettività, e che questo sia "grave". Per la seconda condizione, il giudizio sulle conseguenze occupazionali è anch'esso basato su valutazioni probabilistiche, variabili in base alla dimensione dell'ente destinatario della misura e alle condizioni economiche del territorio nel quale ha sede. Si tratta anche in questo caso di valutazioni molto complesse.

Ritenuta sussistente la prima delle condizioni, il giudice con sentenza di condanna dovrà, ai sensi del secondo comma dell'art.15 procedere alla indicazione degli specifici compiti e poteri riservati al commissario giudiziale, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente. Non necessariamente dunque il provvedimento incide sull'intera attività dell'ente, anche in questo caso il legislatore ha preferito affidare al giudice, il potere di dettare con la sentenza applicativa della misura della prosecuzione, i doveri gestionali del commissario. Il riferimento alla "specifica attività" depone nel senso di stabilire in quale settore si è riscontrato il deficit organizzativo che fonda la responsabilità dell'ente, e stabilisce i confini entro il quale si esplicherà il potere gestionale del commissario, che necessariamente si sostanzierà negli atti di ordinaria amministrazione, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione, sarà necessario la preventiva autorizzazione da parte del giudice. La nomina del commissario, a norma dell'art. 79 d.lgs. 231/2001 è competenza del giudice dell'esecuzione su richiesta del pubblico ministero, la norma tuttavia tace sulla possibile variazione degli organi amministrativi dell'ente. Il primario compito affidato dalla legge al commissario riguarda l'attuazione di un modello organizzativo e di curare l'adozione e l'efficacia dei modelli organizzativi e di controllo idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. La ratio dell'obbligo risiede nel deficit organizzativo riscontrato in sede di condanna dell'ente, occorre pertanto che vada efficacemente colmato, obbligo che ricade necessariamente in capo al soggetto a cui è affidata la gestione dell'ente al fine di garantire la prosecuzione dell'attività, l'intervento del commissario è limitato al settore in cui l'illecito si è verificato. Di tale adempimento

dovrà dare rappresentazione nel rendiconto finale al giudice dell'esecuzione, esplicitando il comma 2 dell'art. 79 la necessità che vengano indicate le “modalità con le quali sono stati attuati i modelli organizzativi”. Sebbene la nomina del commissario e la relativa continuazione della attività dell'ente costituiscano una misura derogatoria, questa ha comunque natura sanzionatoria, in quanto da un lato la gestione dell'ente è affidata a un soggetto di nomina giudiziale dall'altra è prevista la confisca del profitto derivante dalla proseguita attività. Si tratta di una confisca obbligatoria, di cui il quantum è determinato dal commissario stesso in sede di relazione del rendiconto sulla gestione. La natura sanzionatoria della confisca è evidente¹⁷¹: l'attività viene proseguita non nell'interesse dell'ente ma per evitare ripercussioni su soggetti terzi estranei al reato, anche se innegabilmente gli effetti favorevoli della prosecuzione dell'attività si riflettono sull'ente stesso, posto che sarà più agevole per questo, riprendere l'attività allo scadere della misura, se considerate le difficoltà che possono invece riscontrarsi se l'attività fosse stata interrotta.¹⁷²

3.5.1. I meccanismi di limitazione delle sanzioni interdittive

L'art. 13 al terzo comma, pone un freno all'applicabilità delle relative sanzioni, qualora seppur ricorrano tutti i presupposti, l'irrogazione è impedita dalla sussistenza degli elementi di cui all'art.12 comma 1. La portata estremamente afflittiva di tali misure ha spinto il legislatore a porre delle limitazioni, conformemente alla natura di *extrema ratio* delle suddette sanzioni, in presenza di due elementi, tali da far diminuire grandemente la responsabilità dell'ente, e alla cui presenza al giudice non

¹⁷¹A tal proposito la Sent. Cassazione Penale, Sez. VI, 20 novembre 2018 (C.C. 16 ottobre 2018), n. 52205 - Pres. Fidelbo - Est. Criscuolo -P.M. Cuomo (conf.) - Ric. Diaverum Italia S.r.l., in Diritto penale e processo fasc.6/2019. In tema di responsabilità da reato degli enti, è inammissibile il ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza di patteggiamento, in relazione alla quantificazione della confisca del profitto conseguito dall'ente nel periodo in cui è stato sottoposto al commissariamento giudiziale, ai sensi dell'art. 15, comma4, D.Lgs. 8giugno 2001, n. 231, in quanto la confisca, avendo natura sanzionatoria, può essere oggetto di ricorso nel solo caso in cui se ne deduca l'illegalità, come previsto dal novellato art. 448, comma2 bis, c.p.

Rilevato, pertanto, che, nel caso sottoposto a scrutinio, i vizi dedotti non attenessero all'illegalità della confisca, espressamente prevista come obbligatoria dal comma 4 dell'art. 15, D.Lgs. n. 231/2001, ma alla quantificazione del profitto confiscato, il ricorso fosse inammissibile perché proposto per motivi non consentiti.

¹⁷²In tal senso MUCCIARELLI F. “*La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione*” in BARTOLI-PAPA “*Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto tra diritto vivente e prospettive di riforma*”, Giappichelli, Torino, 2018, pag. 138 ss.

residuerà alcuna valutazione in merito all'applicazione, essendo impedita esplicitamente dalla norma. Le due condizioni previste dall' art.12 sono tra loro indubbiamente alternative, tesi supportata dalla previsione nel comma 3 di una ipotesi, sembrerebbe fortuita e occasionale, in cui si verificassero nel concreto entrambe. La prima condizione è fondata sul disallineamento tra la persona fisica autore del reato e la persona giuridica, che segnala non una minor responsabilità di quest'ultima¹⁷³, quanto una scarsa adesione da parte della stessa al reato e un minor vantaggio tratto¹⁷⁴. La finalità parzialmente divergente che ha motivato la persona fisica al reato rispetto all'interesse dell'ente e la circostanza che quest'ultimo ne abbia tratto un vantaggio minimo o addirittura mancante costituiscono elementi che non possono essere trascurati ai fini dell'applicabilità di una sanzione così gravosa per l'ente e pertanto ne giustificano l'ostatività una volta che siano stati appositamente riscontrati, essendo l'uno autonomo rispetto all'altro, meritano un autonomo accertamento. La seconda condizione richiede che il danno cagionato sia particolarmente tenue, danno inteso come conseguenza diretta dell'illecito penale. Anche sotto tale profilo è importante rimarcare il carattere autonomo del danno patrimoniale, inteso come danno da reato, rispetto al vantaggio non sussistendo nessun rapporto biunivoco, ben potendo il danno essere di rilevante entità a fronte di un vantaggio inesistente o minimo e viceversa. Merita inoltre un richiamo in questa sede l'art.17 d.lgs. 231/2001 che come indicato più avanti, costituisce una causa di esclusione delle sanzioni interdittive in presenza di condotte riparatorie, ma che non esplica effetti nei confronti di enti intrinsecamente illeciti.¹⁷⁵

3.6. La premialità per le condotte realizzate *post-delictum*

¹⁷³Questa è collegata in via esclusiva al grado di efficienza dei modelli organizzativi

¹⁷⁴Ai sensi dell'art.12 comma 1 lett. a) d.lgs. n. 231/2001 è prevista l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive quando "l'autore del reato [abbia] commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e [che]l'ente non ne [abbia] ricavato vantaggio o ne [abbia] ricavato un vantaggio minimo".

¹⁷⁵In tal senso MUCCIARELLI F. "*La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione*" ivi pag.134 "Conviene ancora segnalare la distinzione, che appare necessaria o, almeno, utile, fra "criminalità nell'attività d'impresa" e "attività dell'impresa criminale" [...] "per impresa criminale s'intende in maniera genericamente approssimata un ente la cui attività consiste interamente in comportamenti criminali (si pensi alle c.d. cartiere, società che si limitano alla emissione di fatture per prestazioni inesistenti poi utilizzate per l'evasione fiscale ovvero – sempre esemplificando – a imprese impegnate esclusivamente nella gestione e nello smaltimento illegale di rifiuti)"

La novella ha introdotto il comma 5-bis all' art. 25 d.lgs. 231/2001, sancendo un sistema premiale per la *societas* nel cui interesse o vantaggio è stato compiuto uno dei reati previsti al comma 2 e 3 dell' art. 25 d.lgs.231/2001, Qualora risulti che la stessa si sia adoperata “per evitare che l' attività delittuosa fosse 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 consentito la realizzazione del reato mediante l' adozione o l' attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire il rischio reato della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno durata pari a quanto previsto all' art.13 comma 2.” E'assente nell' impalcatura genetica del d.lgs.231/2001 la previsione di una forma di incentivo sotto forma di attenuazione di pena o causa di non punibilità subordinata all' autodenuncia e alla collaborazione specie in ambito processuale dell'ente. La “Spazzacorrotti” ha il merito di introdurre nel nostro ordinamento una nuova previsione premiale che nel recuperare in una prospettiva riparatoria, riconosce e altresì valorizza per la prima volta una cooperation processuale dell'ente. Infatti ai sensi del comma 5 bis dell'art. 25 i limiti edittali della sanzione interdittiva ritornano ad essere quelli ordinari ovvero da tre mesi a due anni, qualora l'ente, prima della sentenza di primo grado, soddisfi le seguenti condizioni:

- si sia efficacemente adoperato al fine di evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori, per assicurare la prova dei reati, per l'individuazione dei responsabili, ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite;
- abbia eliminato le carenze organizzative che hanno consentito la realizzazione del reato mediante l'adozione o l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire il rischio reato, della specie di quello verificatosi.

La prima condizione mutua ed estende all' ente il contenuto dell'art.323bis secondo comma, introdotto con L.69/2015, ovvero la causa di non punibilità prevista per le persone fisiche per le condotte collaborative poste in essere *post-delictum*, le quali, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente assumono rilevanza singolarmente ritenendosi alternative più che cumulative. L' utilizzo dell'avverbio efficacemente non pone dubbi sulla necessità che l'apporto collaborativo debba essere “utile” e “proficuo”, considerazione imposta dalla significativa riduzione del *quantum* di

sanzione interdittiva, da tre mesi a due anni. Il giudice dunque, potrebbe o dovrebbe comunque negare l'applicazione dell'attenuante qualora l'apporto collaborativo non potrà qualificarsi come tale.

La seconda condizione coincide con l'attenuante comune di cui all' art.12 secondo comma lett.b) che comporta una riduzione di pena pecuniaria da un terzo alla metà, e riproduce anche quanto previsto all' art. 17 d.lgs.231/2001. Si tratta di una disposizione che consente all' ente di sottrarsi in toto dalle sanzioni interdittive qualora si adoperi tramite una tripla condotta positiva:

-La ripetizione del profitto illecito

-Il risarcimento integrale del danno

-L'eliminazione e l'attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

E' chiaro che l'attenuante prevista dall' art. 17d.lgs.231/2001 è senza dubbio più vantaggiosa per l'ente, rispetto a quanto previsto dal nuovo comma 5bis dell'art.25 d.lgs.231/2001, la quale implica non la mera attenuazione delle sanzioni interdittive ma la totale disapplicazione delle stesse. Il discrimine sta nel limite temporale entro cui tali condotte devono essere realizzate, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento quelle ex. Art.17, mentre la collaborazione *post-delictum* dovrà essere assicurata entro la sentenza di primo grado. Vi è da chiedersi tuttavia perché l'ente possa avere interesse a porre in essere le gravose condotte previste dall' art.25 comma 5bis le quali gli assicurerebbero solo un'attenuazione della sanzione interdittiva piuttosto che quelle previste dall' art. 17 le quali, seppure debbano essere realizzate in un arco temporale più ristretto, assicurano un risultato di gran lunga più vantaggioso per l'ente. Per tanto il collegamento tra l'art. 25 e l'art.17 sembra essere una svista del legislatore.

La situazione si complica prendendo in considerazione l'art.78 del decreto legislativo, il quale contribuisce a rendere più complesso il quadro normativo complessivo, che permette la conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie in fase esecutiva, purché siano poste in essere le condotte sancite dall' art.17 d.lgs.231/2001. Pertanto all' ente che voglia usufruire delle misure premiali conviene porre in essere le condotte premiali già presenti nella normativa ante riforma, il comma 5-bis dell'art. 25 risulta essere destinato a una applicazione

residuale¹⁷⁶. La scelta premiale, non tiene conto della natura sussidiaria della responsabilità dell'ente rispetto alla persona fisica, presupposto della quale è la commissione di un reato da parte di quest'ultima infatti una delle condizioni per l'applicabilità della stessa è che l'ente si sia efficacemente adoperato per l'individuazione dei responsabili; circostanza quest'ultima che di norma precede l'avvio del procedimento a carico dell'ente. Al contrario qualora il procedimento dell'ente sia già iniziato e sia l'ente stesso a svelare l'identità dell'autore del reato presupposto, dato il carattere accessorio della responsabilità, nonostante la denuncia resta fermo il procedimento a carico dell'ente. L'effetto pertanto è che se il procedimento è già iniziato, residua in capo all'ente uno spazio esiguo di operatività in quanto la persona fisica è già stata individuata, al contrario se la notizia *criminis* non fosse ancora giunta a conoscenza dell'autorità giudiziaria, l'ente difficilmente converrà a collaborare denunciando il fatto-reato e fornendo indicazioni circa l'identità dell'autore del reato, a fronte di un beneficio minimo, ovvero la riduzione delle sanzioni interdittive e non già l'esonero della responsabilità.

3.7. Autonomia della responsabilità dell'Ente rispetto alla persona fisica autore del reato presupposto

A seguito delle novità introdotte dalle incessanti riforme che caratterizzano ormai la materia penale, seguono delle difficoltà interpretative in particolare dall'aver previsto delle cause di non punibilità delle persone fisiche autrici dei reati elencati negli art.24ss. del d.lgs. 231/2001.

Nell'introdurre la particolare tenuità del fatto ex art 131bis c.p., le cosiddette condotte riparatorie ex art.162bis c.p., la messa alla prova ex art 168 c.p. e da ultimo le condotte collaborative ex art 323ter c.p.al fine di assicurare, nei limiti previsti, la raccolta della prova e identificare l'autore del reato contro la pubblica amministrazione, di cui agli artt.318,319,319ter,319quater,320,321 e 322-bis c.p. il

¹⁷⁶In tal senso AMATO G. “Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente”, in Rivista 231 fasc. 01/2019, pag.113 “In effetti, proprio alla luce dell'ampio disposto dell'art. 17 non si coglie quale spazio di convenienza possa esserci per l'ente tale da poterlo indurre a collaborare per avvalersi della [meno favorevole] disciplina dell'art. 25, comma 5 bis.

legislatore ha però dimenticato del tutto di affrontare una questione di non poco conto. I reati elencati sono idonei infatti a fondare ex d.lgs.231/2001 la responsabilità penale della persona giuridica, quindi la verifica circa le conseguenze che si generano nei confronti del soggetto collettivo, a seguito di una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento emessa per la non punibilità del soggetto apicale o dipendente che abbia agito nell'interesse o vantaggio dell'ente, è fondamentale per verificare l'estensibilità o meno di tali pronunce liberatorie anche nei confronti dell'ente, sottoposto nella sede o in via separata, al processo penale. E' a tal fine innegabile che lo stesso decreto legislativo, prevede una autonomia della responsabilità penale della persona giuridica, rispetto alla persona fisica, infatti l'articolo 8 d.lgs.231/2001 statuisce 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 una causa diversa dall'amnistia;

Considerato ciò non pare condivisibile la tesi di chi sostiene che nel silenzio del legislatore, deve ritenersi tout court applicabile in via diretta all'ente i due istituti di favore introdotti¹⁷⁷. La ragione si riscontra anche nel fatto che la disciplina

¹⁷⁷Così VARRASO G. "Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs.231/2001 e non punibilità dell'imputato del reato presupposto", rivista 231 n 1/2020.

Nello stesso senso anche Cass. Pen. Sent. Sez. 3 Num. 9072 Anno 2018 "Quello che, invece, non è possibile affermare, è una diretta incidenza (giudicato) della sentenza di applicazione dell'art. 131 bis, cod. pen. nel giudizio relativo alla responsabilità della persona giuridica. "Conseguentemente può affermarsi il seguente principio di diritto: «In tema di responsabilità degli enti, in presenza di una sentenza di applicazione della particolare tenuità del fatto, nei confronti della persona fisica responsabile della commissione del reato, il giudice deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato fu commesso; accertamento di responsabilità che non può prescindere da una opportuna verifica della sussistenza in concreto del fatto reato, in quanto l'applicazione dell'art. 131 bis, cod. pen. non esclude la responsabilità dell'ente, in via astratta, ma la stessa deve essere accertata effettivamente in concreto; non potendosi utilizzare, allo scopo, automaticamente la decisione di applicazione della particolare tenuità del fatto, emessa nei confronti della persona fisica".

Nello stesso senso, PIRGU E. "Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs.231/2001", diritto penale contemporaneo, fasc.4/2018, pag.185 ss.

Dello stesso avviso AMATO G. "La non punibilità per fatto lieve non si estende all'ente" riv. 231, fasc.2/2019 pag.217 ss.

Al contrario, perviene alla conclusione di applicabilità anche all'ente, nel silenzio del legislatore CORSO P. "Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto", in IPSOA quotidiano online, 24 marzo 2015.

Favorevoli all'applicazione diretta della messa alla prova CHILOSI M. "La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?" diritto penale contemporaneo, fasc.10/2017.

dell'eterointegrazione è prevista all' art.34 del decreto, la quale ha valenza solo in materia processuale. Tale norma dispone infatti che “per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano le norme previste da questo capo nonché in quanto compatibili le disposizioni del codice di procedura penale e del d.lgs.271/1989”¹⁷⁸, ciò perché l' impianto costruito dalla legge delega delimita uno spazio chiuso, un sottosistema autonomo, che emerge chiaramente dalle peculiarità sul piano delle misure sanzionatorie, ad esempio il sistema bifasico per la comminatoria di pene pecuniarie, le misure interdittive, entrambe pene principali, o ancora le speciali misure deflattive previste all' art 17 d.lgs.231/2001. Quest' ultima norma in combinato disposto con gli articoli 12, 13, 49, 51, 65 e 78 d.lgs. 231/2001, dissemina il procedimento penale a carico dell'ente di meccanismi diretti tutti verso uno stesso scopo, prediligere il ravvedimento operoso dell'ente, quindi favorire un ritorno alla legalità *post delictum*, con la funzione non di estinguere l'illecito ma di attenuarne in modo significativo le conseguenze sanzionatorie. Questi modelli compensativi sarebbero del tutto elusi, laddove si consentisse all' ente di beneficiare direttamente delle stesse cause di non punibilità previste per la persona fisica, vanificando lo scopo primario dell'intera normativa, auspicare un ritorno alla legalità per l'ente, non sarebbe neanche più necessaria la riorganizzazione della *compliance*. Inoltre una estensione diretta comporterebbe una sovrapposizione totale tra reato e illecito, possibilità smentita dagli articoli 5, 6 e 7 d.lgs. 231/2001. Non sono mancati interventi autorevoli che hanno espresso disappunto di fronte alla mancata estensibilità all' ente della particolare tenuità del fatto ex art.131bis c.p.¹⁷⁹, non essendo tale causa menzionata all' art. 8 d.lgs.231/2001. Infatti giungendo ad una analisi del dettato normativo, sub lett. A) solamente la non imputabilità della persona fisica autore del reato, cioè l'incapacità di intendere e di volere, alquanto rara data la tipologia di reato presupposto, rende non punibile l'ente. Ciò comporta l'esclusione di tutte le altre cause di non punibilità, dunque anche quella per particolare tenuità

¹⁷⁸Si tratta delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale.

¹⁷⁹La Cassazione – con la sentenza Sez. III, 23 gennaio 2019 – 15 marzo 2019, n.11518 – affronta e risolve, convincentemente, la questione degli effetti che derivano per la responsabilità dell'ente, dalla declaratoria di non punibilità per la particolare tenuità del fatto [ex art. 131 bis c.p.] che abbia riguardato l'imputato del reato «presupposto» Nella citata sentenza la corte richiama, quanto già evidenziato nella sentenza Cass. pen., sez. III, 17 novembre 2017, Proc. gen. App. Firenze in proc. Ficule Lucas & C. Sas, in CED Cass., n.272447.

del fatto ex art 131 bis c.p. mente in relazione alla lett. B) del medesimo articolo, solo l'amnistia rende non punibile l'ente. Le altre cause di estinzione del reato disciplinate dal libro I titolo VI del codice penale, non hanno alcun'influenza sull'illecito penale. Le ragioni per cui il legislatore ha ritenuto opportuno non estendere all'ente quasi del tutto le cause di non punibilità della persona fisica alla persona giuridica sono puntualmente indicate nella Relazione di accompagnamento al decreto, l'art. 8 chiarisce come quello dell'ente sia un titolo autonomo di responsabilità anche se presuppone la commissione di un reato "la responsabilità dell'ente resta ferma anche quando un reato sussiste, ma subisce una vicenda estintiva, in quanto la configurazione della responsabilità dell'ente come illecito amministrativo, non poteva che comportare tale conclusione."¹⁸⁰ L'unica eccezione risiede nell'amnistia in presenza della quale non potrà procedersi neanche nei confronti dell'ente, posto che le decisioni politiche sottese al relativo provvedimento valgano anche per l'ente. Si precisa infine che le "cause di estinzione della pena, al pari delle cause di non punibilità e in generale alle cause che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato." E' chiara la ratio che deve guidare l'interprete nell'applicazione dell'art.8 d.lgs.231/2001. Le cause estintive e le cause di non punibilità suppongono l'esistenza di un reato, accertato sul piano processuale e completo di tutte le sue parti costitutive, di natura oggettiva e soggettiva. Le ragioni deflative e di valorizzazione della sussidiarietà penale possono involgere la responsabilità penale della persona fisica, ma non possono incidere sulla responsabilità dell'ente, il legislatore decide di non punire la persona

¹⁸⁰Compie questa osservazione anche AMATO G. "La non punibilità per fatto lieve non si estende all'ente" ivi pag 124, "Per la responsabilità amministrativa è cioè necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è anche necessario che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile: la responsabilità penale presupposta può essere ritenuta solo *incidenter tantum* (ad esempio perché non si è potuto individuare il soggetto responsabile o perché questi non è imputabile) e ciò nonostante può essere sanzionata in via amministrativa. E lo stesso atteggiamento metodologico deve essere seguito nel caso in cui il reato presupposto sia stato dichiarato prescritto". A supporto di tale tesi anche le sentenze: Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2013, Proc. Rep. Trib. Milano in proc. Citibank N.A., in CED Cass., n.255415, e in Rivista 231, 4/2013, nonché, Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2015, Citibank N.A., in Rivista 231,4/2015, Cass. pen., sez. II, 19 ottobre 2018, Srl Martinelli, inedita, secondo cui, appunto, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001, deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato.

fisica a fronte comunque della commissione di un reato, che dunque lascia integra la responsabilità dell'ente posto che questo si è potuto realizzare a causa di carenze organizzative ex art. 6, 7 d.lgs.231/2001. Tale conclusione si salda a due corollari riguardanti la messa alla prova e le condotte riparatorie. L' illecito amministrativo dipendente da reato è una fattispecie complessa, del quale il reato presupposto completo di tutti i suoi elementi tipici deve essere accertato in via incidentale a norma dell'art.2 d.lgs.231/2001, è solo il nucleo centrale, dovendosi accertare anche che questo sia stato commesso nell' interesse o vantaggio dell'ente, con la relativa colpa di organizzazione, i quali costituiscono gli aspetti costitutivi ed estintivi della fattispecie. D' altra parte il danno patrimoniale o non patrimoniale è legato al reato e non all' illecito amministrativo. Di qui l'autonomia dell'illecito amministrativo, rispetto al reato, potendo solamente questo estinguersi mediante condotte riparatorie ex art 162bis c.p., o tramite la messa alla prova ex art. 168-bis c.p. permane per il giudice quindi l'obbligo anche in caso di proscioglimento della persona fisica, di accertare la sussistenza del reato presupposto anche in via incidentale poiché fonda comunque ai sensi dell'art 2 d.lgs.231/2001 la responsabilità dell'ente¹⁸¹.

Alla luce della nuova normativa però diviene fondamentale ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive identificare la persona fisica autore del reato presupposto dal quale si "origina" la responsabilità dell'ente, data la pesante differenza nel trattamento sanzionatorio dipendente dal fatto che questo sia un "apicale" o un "sottoposto". A tal proposito sono molteplici le perplessità, in primis è difficile ricondurre alcune figure aziendali nell' una o nell' altra categoria: si pensi ai soggetti preposti al controllo della normativa della tutela della salute e sicurezza sul lavoro, o a quanti dirigano "di fatto" la società. Ad avviso della dottrina quindi è di preminente importanza stabilire i confini della qualifica di soggetto apicale. In secondo luogo sempre con riguardo alla distinzione soggettiva tra soggetto apicale e sottoposto, è da presumere che la riforma avrà come conseguenza la marginalizzazione della previsione di cui all' art. 8 d.lgs. 231/2001 disposizione che prevede la sussistenza della responsabilità dell'ente anche qualora la persona fisica autore del reato presupposto non sia stato identificato. Si pensi, ad esempio, al caso in cui, con riferimento a commesse pubbliche di significativo importo, si accerti che

¹⁸¹Sent Cass. Sez. 6, n. 21192 del 25/01/2013 - dep. 17/05/2013, Barla e altri, Rv. 25536901.

l'aggiudicazione delle stesse è avvenuta a seguito del pagamento di una tangente versata nell'interesse della società privata e poi aggiudicataria dell'appalto; al contempo, però, la rilevante dimensione dell'impresa corruttrice, la sua ramificazione sul territorio, il numero considerevole di dirigenti che si sono interessati della partecipazione alla gara, impediscono di attribuire con certezza ad alcuni di loro la conclusione dell'accordo corruttivo e l'effettuazione del pagamento illecito. In situazioni come questa, la perseguibilità dell'ente è assicurata dall' art.8 d.lgs.231/2001 senza che venga sanzionata la persona fisica responsabile dell'illecito. Dopo la riforma tale norma sembra sempre più priva di spazio di operatività soprattutto per i delitti di corruzione. Per i delitti in questione appare implausibile che il giudice possa prescindere dall' accertamento del soggetto autore del reato e della relativa qualità di apicale o di sottoposto giacché da questa dipende l'entità della misura interdittiva sia della sanzione.¹⁸² Per quanto riguarda i rapporti tra la causa di non punibilità ex art 323ter c.p. e la responsabilità dell'ente si genera una dosimetria, con il nuovo regime premiale riservato alle persone fisiche: prima della legge Spazzacorrotti il sistema normativo anticorruzione prevedeva come strumento premiale solamente l'art.323bis, che attualmente la suddetta legge estende anche agli enti. La nuova norma premiale non può ovviamente considerarsi estesa all' ente, ostandovi il dettato all' art.8 d.lgs.231/2001, tuttavia l'introduzione di uno strumento premiale fruibile dalla persona fisica avrebbe dovuto comportare la previsione di analogo strumento per l'ente che tenesse analoghe condotte.¹⁸³

La scelta premiale non tiene conto della sussidiarietà della responsabilità dell'ente rispetto alla persona fisica, presupponendo la commissione di un reato in capo a quest' ultima. La causa di non punibilità a favore della persona fisica resasi autrice di un utile collaborazione (applicabile a tutti i reati previsti all'art. 25 ad eccezione della concussione e del traffico di influenze illecite) può generare effetti indiretti anche rispetto all'illecito amministrativo attribuibile all'ente. Infatti a seconda che il beneficiario dell'esimente sia *intraneus* o *extraneus* all' ente. Trattandosi di reati a concorso necessario la causa di non punibilità andrà applicata solo a uno dei soggetti coinvolti: nel caso in cui il beneficiario sia un pubblico ufficiale o l'incaricato di

¹⁸²SANTORIELLO C. "Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società" cit. pag.1ss.

¹⁸³PIERGALLINI C. "Responsabilità da reato degli enti collettivi" cit. pag.116

pubblico servizio, residuerebbe in capo all' ente la possibilità che gli venga contestato l'illecito amministrativo, qualora il reato presupposto sia stato compiuto nel suo interesse o nel suo vantaggio. Qualora il beneficiario fosse il corruttore, a voler valorizzare l'interpretazione letterale dell'art. 8 d.lgs.231/2001, non vi sarebbe comunque la possibilità di perseguire l'ente, in quanto la norma in questione pur sancendo l'autonomia dei due procedimenti, ne delimita al contempo l'ambito di operatività, stabilendo che la responsabilità dell'ente sussisterebbe solo nei casi espressamente indicati dalla norma. Ad opposte conclusioni si giunge dando preminente risalto all' illogicità dell'interpretazione letterale della norma (art. 8d.lgs.231/2001) in base alla quale la responsabilità dell'ente rimarrebbe intatta anche a seguito dell'estinzione del reato presupposto, e non invece quando il reato accertato in tutte le sue componenti costitutive, non sia per ragioni di opportunità non punibile. La giurisprudenza di legittimità, nell' esaminare i rapporti tra la particolare tenuità del fatto e la responsabilità dell'ente, sembra orientata verso l' 'interpretazione estensiva della portata dell' art. 8 d.lgs.231/2001, riconoscendo autonoma responsabilità in capo all' ente anche in presenza di cause di non punibilità in senso stretto, ovvero legate a mere ragioni di opportunità politico- criminali, laddove sia comunque stato riscontrato sul piano processuale la sussistenza di un reato in tutte componenti oggettive e soggettive. La particolare tenuità del fatto presuppone l'accertamento della responsabilità pur senza condanna, pertanto il reato nella sua dimensione storia e giuridica resta intatto. L' esito applicativo di tale orientamento, estensibile anche alla causa di non punibilità individuale quando sia frutto di un utile collaborazione processuale, può tuttavia porsi in contrasto con il principio di legalità, permettendo di fatto un'applicazione analogica in *malam partem*.¹⁸⁴

¹⁸⁴MASULLO M.N. "Emersione del patto corruttivo" cit. pag.1285

CAPITOLO IV

UN MODELLO DI LEGISLAZIONE EMERGENZIALE: PROFILI CRITICI

4.1. I rilievi critici del modello emergenziale

Nella relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189, non si omette di rendere esplicito nella premessa, il preoccupante fenomeno della “percezione della corruzione”¹⁸⁵ nel settore pubblico, tanto da rendere l’Italia molto alta nella classifica europea, da occupare, secondo l’indice cui fa riferimento la relazione, il venticinquesimo posto su trentuno paesi europei. Si tratta però di un mero indice di percezione basato seppur su valutazioni di operatori qualificati, come imprenditori, giornalisti finanziari, e così via, ma in quanto percezione, non sempre corrisponde alla realtà, soprattutto quando questa non deriva da un’esperienza diretta ma da un giudizio valutativo. Nel dibattito pubblico emerge con chiarezza la tendenza a ritenere l’Italia un paese propenso a percepirsi più corrotto di quanto non lo sia realmente, dibattito basato su valutazioni prive di appigli fattuali, e molto spesso condizionato dall’eccessiva attenzione dei mezzi di informazione al tema della corruzione. A questo si legano due corollari: il primo è conseguenza diretta dell’attendibilità di tali indici di percezione, rivolto a contestare la stessa presenza o ridimensionare la consistenza della corruzione in Italia, il secondo è legato al primo e attribuisce al dibattito sulla corruzione e quindi all’enfasi sull’anti corruzione, un contributo decisivo a sostegno dell’erronea percezione.

¹⁸⁵ CANTONE R./ CARLONI E. “*La percezione della corruzione e politiche anti corruzione*”, in diritto penale contemporaneo. Così anche CINGARI F. “*Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*” cit., pag.19 “La ricostruzione della dimensione quantitativa della corruzione riflette in maniera esemplare l’ambiguità del fenomeno corruttivo. In effetti, nella misurazione del quantum del fenomeno corruttivo ci si trova di fronte a una vera e propria contraddizione: mentre i dati sulla corruzione registrata, desumibili da statistiche delle denunce e delle condanne per corruzione e concussione, si arrestano a livelli medio-bassi, le stime relative al livello di percezione della corruzione, raggiungono picchi davvero considerevoli”

L'indice di percezione è denominato CPI, si tratta di un indicatore statistico pubblicato da Transparency International.

Premesso che, è difficile quantificare il fenomeno della corruzione ed in qualche modo misurarlo in un contesto specifico, a causa della ritenuta scarsa attendibilità degli stessi indici. La stessa classifica, che vede l'Italia oggi in leggero miglioramento rispetto all'anno precedente, si basa su una metodologia che è resa nota a sua volta frutto di un'elaborazione aggregata di una serie di altre misurazioni. Aspetto positivo che si può riconoscere a tali indici di valutazione è senz'altro quello di consentire una comparazione tra Paesi diversi, altrimenti impossibile, avendo ordinamenti e sistemi sanzionatori totalmente differenziati tra loro. Occorre però osservare alcuni dati: il primo è la diffusione e l'ampio utilizzo da parte degli operatori internazionali di questo indice, la seconda è che questo indice produce proprio per la notorietà e il riconoscimento che gli è tributato dall'opinione pubblica e dalle classi politiche, un forte stimolo per lo sviluppo delle più efficaci politiche di prevenzione e repressione della corruzione. La terza infine, è il fatto che nella letteratura scientifica, che contesta l'uso eccessivo o un esclusivo affidamento, viene considerato un indice tutto sommato robusto, i cui dati non sono inattendibili. L'indice CPI al di là delle criticità vere o presunte circa la sua attendibilità, tuttavia è un dato con il quale si deve fare i conti, e molto spesso è uno dei fattori alla base delle ricadute reali anzitutto in termini di investimenti esteri nel nostro paese¹⁸⁶.

Segnala pertanto una mancanza di fiducia che è un dato importante nel rapporto tra istituzioni e cittadini, del quale si scorgono le ricadute su più versanti.

La recente indagine di "Eurispes" ci propone un'immagine dell'Italia ottimistica e sotto alcuni aspetti maggiormente confortante, è basata su un'indagine statistica: attraverso un campione di intervistati si rileva la distanza tra la corruzione percepita e la corruzione reale. Infatti l'85% delle persone intervistate è convinto che i livelli di

¹⁸⁶Dello stesso avviso, PATRONI GRIFFI F. *"battere la corruzione: una sfida impossibile?"* cit. "determina una relazione inversamente proporzionale tra diffusione della corruzione e crescita economica: ogni punto perso nella classifica di Transparency sulla percezione della corruzione si traduce nella perdita del 16% degli investimenti dall'estero; le imprese che operano in ambiente ad alto tasso di corruzione crescono in media dal 25 al 40% in meno delle aziende che operano in ambiente sano. Ora, è vero che questi dati assumono a base di calcolo la percezione della corruzione e quindi –come rilevato dal Consiglio dell'Unione europea– possono avere "una limitata rilevanza con riguardo alla effettività delle prefissate misure anticorruzione", ma è anche vero che "siamo su un terreno dove la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura"

corruzione nel nostro paese siano piuttosto alti, ma non ha vissuto episodi personalmente né, è a conoscenza di episodi che hanno interessato i propri familiari. Questa indagine volta a ricercare una diretta esperienza di fenomeni corruttivi rischia di essere poco precisa, in primo luogo perché l'intervistato potrebbe declassare le proprie vicende e le proprie condotte, in secondo, luogo è forte il pericolo che ci si trovi di fronte a atteggiamenti omertosi. Questi profili di criticità pertanto non possono portare a conclusioni troppo ottimistiche e auto assolutorie, inducono a prestare una maggiore attenzione a tutti i dati a nostra disposizione. Secondo Eurispes, il nostro paese sarebbe vittima del “paradosso di Trocadero”, ossia più si prevedono delle misure anticorruzione sul piano della prevenzione e più si attuano misure volte a reprimere il fenomeno, più questo è percepito. Si corre però il rischio di compiere l'errore di sottovalutare il fenomeno così come è stato fatto quando si è dato un peso eccessivo ai dati giudiziari che segnavano un esiguo numero di procedimenti per reati di corruzione, ancora più esiguo il numero di condanne e considerevole invece il numero dei patteggiamenti, così da far ritenere che le sentenze, laddove siano state emesse, riguardassero comunque fenomeni corruttivi di lieve entità e quindi difficilmente riconducibili a un fenomeno riconosciuto come “endemico” dalla stessa Relazione¹⁸⁷. Un altro criterio preso in considerazione, è la valutazione basata su dati sintomatici, come lo scostamento del prezzo di opere o forniture pubbliche e valori di mercato. Tuttavia prendere alla lettera tali indici potrebbe portare fuori strada: il fenomeno della corruzione c'è ed esiste, la crescita delle pratiche corruttive negli anni non è pura invenzione, ma è un problema reale e complesso, sarebbe opportuno pertanto rifarsi a strategie oggettivistiche fondate su tutti i dati empirici a disposizione, evitando in questo modo di farsi accecare dal fumo della percezione¹⁸⁸.

Nel caso di specie colpisce l'exasperazione di un modello di gestione di problemi sociali tramite strumenti penali, qualificandosi ormai come una tendenza legislativa emergenziale che si manifesta oltre che con inevitabili errori per eccesso che incrinano il quadro normativo, portando con sé l'erosione di principi costituzionali diretti a limitare l'operatività dello strumento penale. I fattori della propulsione dei

¹⁸⁷PADOVANI T. “*riforma delle illusioni, illusioni della riforma*” cit., pag. 2

¹⁸⁸PULITANO' D. “*Tempeste sul penale, spazzacorrotti e altro*”, in diritto penale contemporaneo, fasc. 3/2019, pag.244.

sistemi penali e amministrativi volti a contrastare il fenomeno sono senz'altro ravvisabili, oltre nelle spinte di natura interna, come detto in precedenza, riguardanti la diffusione pervasiva quanto meno nella percezione collettiva delle dinamiche corruttive, a livello esterno, nel processo di europeizzazione e internazionalizzazione dei diritti statuali, i quali restano imbrigliati in una fitta rete di fonti normative sovranazionali dirette alla lotta contro la corruzione. Il profilo in esame è di particolare rilievo per tre ragioni: la prima, è di matrice culturale. L'Italia infatti ha preso parte fin dagli anni novanta del secolo scorso, ai più importanti consessi internazionali come UE, OCSE, Consiglio di Europa, ONU, ciò ha generato a valle una proliferazione di report valutativi circa l'effettiva attuazione di quanto elaborato dagli stessi organi a livello interno tramite una serie di organismi volti a controllare la corretta implementazione. Gli strumenti pattizi hanno svolto dunque un ruolo cruciale nel propagandare l'inusitata pericolosità della fenomenologia corruttiva, gettando le basi per una risposta legislativa altrettanto robusta.

“Se la corruzione è realmente una «minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo» (come si enuncia nel Preambolo alla Convenzione del Consiglio d'Europa), se mette altresì in pericolo la «stabilità e la sicurezza delle società, [...] i valori etici e la giustizia [...]» (ONU), se compromette «lo sviluppo economico e altera le condizioni internazionali in materia di concorrenza» (OCSE), insomma se finisce per riassumere tutti i mali del presente, non si vede come si possa rinunciare a dare prova di estrema fermezza, reagendo con misure *extra-ordinem* o, come si è detto, emergenziali.

La seconda ragione è che tali strumenti di controllo alla corretta, e completa implementazione normativa, non si limitano a svolgere tale mansione, ma molto spesso finiscono per stilare la lista delle successive riforme legislative nazionali, tracciando delle linee di azione politico criminali e si occupano di colmare degli “spazi vuoti”, volutamente lasciati aperti dai testi normativi pattizi, proprio perché in quanto tali, necessariamente devono lasciare libertà sulle modalità di attuazione.

La terza ragione è rinvenibile nell'uso di strumenti normativi morbidi la cosiddetta “soft law” in cui si sostanziano i report valutativi degli organismi europei e internazionali Working Group on Bribery in International Business Transactions dell'OCSE, dal GRECO del Consiglio d'Europa e dall'Implementation Review

Group dell'ONU sono sì privi di cogenza giuridica, ma per l' autorevolezza della fonte, hanno una capacità di condizionamento dei legislatori interni al pari di uno strumento di "hard law".

Non prendere in considerazione queste spinte a livello sovranazionale e negare che queste non abbiano un'influenza sulla legislazione interna sarebbe fuorviante. L'azione di tali organismi sembra unicamente diretta verso l'efficienza e la deterrenza, risultato che si ritiene possa ottenersi tramite l'appiattimento di ogni lacuna normativa residua, nell' implicito assunto che una dilatazione indefinita e il continuo potenziamento penale in chiave repressiva possano assicurare una riduzione del fenomeno criminale, e in seconda battuta appagare o rassicurare la collettività. I vari paesi firmatari quindi si preoccupano di dare attuazione alle indicazioni sempre più cogenti e non di rado, anche al prezzo di compromettere sul piano dei diritti costituzionali, i propri sistemi giuridici penali. Ciò accade sostanzialmente per due motivi: da un lato interno, per dimostrare all'opinione pubblica dell'impegno profuso e della forza con la quale si intende combattere il fenomeno, dall' altra, per sottrarsi "alla morsa" delle istituzioni sovranazionali.

E' da chiarire che il concitato ricorso a strumenti legislativi nella lotta alla corruzione non è un fenomeno solo italiano, ma in maniera speculare interessa anche altri paesi con ordinamenti giuridici più o meno affini al nostro, europei o extraeuropei.¹⁸⁹

La credenza che per porre rimedio alle disfunzioni sociali sia fondamentale rimodulare al rialzo le pene minacciate è quanto di più condiviso nel panorama legislativo contemporaneo, pervasa da una vera e propria passione punitiva, incrementata dall' uso politico del diritto penale, a scopo elettorale e di rassicurazione dell'opinione pubblica.

Lo strumentario repressivo ha avuto un uso ingente negli ultimi anni nel duplice senso di inasprimento delle sanzioni e dei delitti, di rafforzamento degli strumenti volti all' accertamento penale, e di emersione della criminalità sommersa.

Sotto il profilo sostanziale e processuale, le principali direttrici di marcia sono state individuate nella necessità di dover garantire il rispetto dei principi costituzionali

¹⁸⁹In tal senso, MONGILLO V. "La legge "spazzacorrotti" Cit. pag. 307

della certezza della pena ¹⁹⁰e della ragionevole durata del processo: così il Ministro della giustizia, nella sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019, ha presentato il suo approccio ai principi costituzionali.¹⁹¹

La legge "Spazzacorrotti" è figlia di questo contesto culturale e politico, "la legge che spazza è il supposto canone della certezza della pena". Lo stadio raggiunto, nel settore della lotta alla corruzione, dal modello emergenziale come modalità di gestione dei problemi sociali spinge a formulare delle osservazioni più ampie circa le tendenze del nostro attuale sistema penale. Il modello emergenziale è da precisare, non è una filosofia legislativa limitata ai delitti contro la pubblica amministrazione, ma tende a interessare altre sfere del diritto penale, il cui comune punto di partenza è la spasmodica attenzione mass mediatica diretta a suscitare "tempeste emotive"¹⁹² nell'opinione pubblica. Lo schema della legislazione emergenziale tuttavia ha dei tratti peculiari che tendono a ripetersi in modo stereotipato, in ogni settore interessato come mafia, terrorismo, traffico di stupefacenti, anche perché tali settori sono affidati a commissioni governative, nominate dalle forze di governo per escogitare di volta in volta sempre nuovi strumenti per combattere manifestazioni criminali ad alto interesse e maggiormente allarmanti nell'opinione pubblica e dunque di migliore resa sul piano politico- elettorale¹⁹³. Nasce così un diritto penale propagandistico e votato alla condanna, alla semplificazione probatoria, alla afflizione, sempre più sfuggente ai presidi garantistici fissati dalla costituzione.

Diffondere l'idea che attraverso la repressione è possibile estirpare il male della corruzione non solo vanifica il carattere di *extrema ratio* dell'intervento penale, ma non pare neanche il sistema più consono a fronteggiare una simile situazione data la complessità e il carattere multiforme che il fenomeno criminale ha assunto negli ultimi anni.

¹⁹⁰CAIAZZA D. "Spazzacorrotti: un dna segnato da giustizialismo", in guida al diritto sole24ore, fasc.11/2019. "una compensazione prossima alla vendetta da parte della comunità sociale offesa e dunque alla umiliazione del reo piuttosto che al progetto della sua emenda. La pena come marchio di infamia gronda copiosamente dal testo normativo appena varato dal nostro Parlamento"

¹⁹¹PULITANO' D. "Tempeste sul penale, spazzacorrotti e altro", cit., pag.6.

¹⁹² PULITANO'D.,cit.

¹⁹³Così MANES V. "Diritto penale no- limits", in www. Questione giustizia .it , "Mai come nell'epoca attuale, le finestre della politica criminale si sono spalancate sul diritto penale. Ad esso si attinge a piene mani, non solo eleggendo la pena ad instrumentum regni, secondo un utilizzo tradizionale cui da sempre indulge la politica; non solo manipolandone le componenti emotive come strumento di consenso elettorale, secondo le dinamiche ormai tipiche del "populismo penale" che ha ridotto la scelta di criminalizzazione ad una operazione di marketing."

Il trend emergenziale della lotta alla corruzione tuttavia ha avuto principio dopo Tangentopoli, espandendosi con il tempo a raggiera, interessando più aspetti del diritto penale: oltre all'estensione di fattispecie incriminatrici, all'aumento considerevole del trattamento sanzionatorio vi è la moltiplicazione di strumenti ablatori¹⁹⁴, volti a privare il soggetto che si sia macchiato di un fatto corruttivo, dell'illecito provento. Dal primo inserimento nel diritto penale nel campo dell'antimafia con legge Rognoni- La Torre n.642/1982, la quale prevedeva la confisca del profitto del reato in sede di processo penale e di quanto sia” il frutto di attività illecita o ne costituisca il reimpiego” in sede di prevenzione.

Negli anni successivi il campo di applicazione delle misure ha avuto una veloce espansione interessando anche altre aree del diritto penale. Sul piano processuale sono state introdotte la confisca per equivalente e la cd. Confisca allargata, mentre sul piano preventivo, che per definizione prescinde dall' accertamento in sede processuale del fatto, Già da qualche anno, a seguito del “pacchetto sicurezza” del 2008 e 2009, sono state riconvertite in chiave anti-corruttiva sulla base dell'art.1 d.lgs. 159/2011 del codice antimafia¹⁹⁵,l'art. 1 L.17 ottobre 2017 n. 161, ha dilatato i destinatari delle misure di prevenzione personali di cui all'art. 4 d.lgs. 6 settembre 2011 n.159, nonché di quelle patrimoniali, base al richiamo operato dal successivo articolo 16, tramite l'inserzione dell'art. 1-bis i “soggetti indiziati (...) del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma,316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e322-bis del medesimo codice”. L'applicazione è estesa tra gli altri ai “white collar crimes” purché sia soddisfatta la condizione dell' abitudine: da un lato l'essere abitualmente dedito a traffici delittuosi, dall' altro è necessario che per la condotta o per il tenore di vita, emergano dagli elementi di fatto acquisiti, che il soggetto, faccia ricorso in maniera sistematica a proventi di natura illecita.¹⁹⁶ Appare problematica la configurabilità della pericolosità soggettiva

¹⁹⁴Dello stesso senso CINGARI F. “*Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*” cit. pag. 21

¹⁹⁵Così MAIELLO V. cit., pag 106 “va dunque preso atto di come la sua scelta si iscriva entro una ben precisa strategia di comunicazione politica: orientata, per un verso, a rassicurare l'opinione pubblica circa il ricorso ad una linea di intransigente fermezza verso le manifestazioni di criminalità amministrativa, fino a spingersi al punto da destinare ad essa strumenti di ancora controversa legittimazione teorica;

¹⁹⁶Testo d.lgs.159/2011

(per la pubblica sicurezza) sulla base di un mero indizio di commissione di uno dei reati contro la pubblica amministrazione, ancora più ardua la dimostrazione sia della lecita provenienza dei beni, sia del relativo giudizio della proporzionalità rispetto alle capacità reddituali dei soggetti interessati. La misura preventiva patrimoniale ha assunto una certa autonomia rispetto alla misura preventiva personale, diventando centrale per il legislatore il recupero del provento illecito, giustificato dalla pericolosità intrinseca del permanere delle ricchezze nella disponibilità di soggetti dediti a fatti criminosi, su un duplice piano, l'uno riguarda il pericolo del riutilizzo di tali somme per alimentare ulteriori attività illecite, l'altro che tali somme possano essere reinvestite in attività lecite alterando in questo modo le logiche di mercato e le regole della concorrenza.¹⁹⁷

La presente riforma "Spazzacorrotti" ha sancito, come già evidenziato in precedenza, l'applicabilità della misura ablatoria anche in caso di estinzione del reato a seguito della sopravvenuta prescrizione, modificando a tal fine l'art. 578-bis c.p.p., che statuisce: "quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato". La modifica apportata dalla legge Spazzacorrotti in realtà, riguarda l'aggiunta dell'inciso "o la confisca prevista dall'articolo 322-ter c.p." dando così l'impressione che non sia cambiato poi tanto. In realtà, emergono due criticità: la prima, riguarda il richiamo generico dell'art. 322-ter c.p., il quale prevede anche una forma di confisca per equivalente, il secondo, riguarda la contraddittorietà con la riforma della prescrizione, apportata dalla stessa normativa.

Per il primo punto non può che riportarsi quanto emerso dalla recente giurisprudenza, nella sentenza a sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26 giugno 2015 n.31617¹⁹⁸, e rapportarlo con i principi del diritto penale. Difatti le sezioni unite

¹⁹⁷PIGNATONE G. "Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive" diritto penale contemporaneo, 24 settembre 2015., così anche MAIELLO V. cit. pag. 106.

¹⁹⁸Sent. Sez. Unite "LUCCI" "Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, cod. pen., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter cod. pen., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla

hanno dichiarato, come alla luce della giurisprudenza comunitaria e della Corte Costituzionale, sia sempre prevista l'applicabilità della confisca diretta anche in caso di sopravvenuta prescrizione nei gradi successivi al primo, interpretando il requisito della condanna ex art 240 c.p. in senso sostanziale e non formale, essendo sufficiente che il giudice accerti la sussistenza del reato e la responsabilità dell' autore, anche se applica la prescrizione, riconoscendo dunque la superfluità del giudicato formale di condanna rispetto all' applicazione della confisca del prezzo o del profitto del reato . Le Sezioni Unite nella sentenza citata, infatti, hanno statuito che la confisca ex art. 240 comma 2 n. 1 e la confisca del prezzo o del profitto del reato ai sensi dell' art 322-ter c.p., può essere disposta dal giudice dell' impugnazione anche con una sentenza che dichiari l'estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione «sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato». I giudici della Suprema Corte giungono alla conclusione che la confisca “del prezzo o del profitto del reato” non costituisce una misura afflittiva, dal momento che il patrimonio del reo non viene intaccato per la parte eccedente il *pactum sceleris*. Dunque non avrebbe una finalità repressiva, dato che il provvedimento in questione riguarda l'apprensione da parte dell'erario di una *res*, che l'ordinamento non ritiene possa essere trattenuta dal suo avente causa, mancando in tal senso un legittimo titolo acquisitivo. Si differenzia pertanto dalla confisca per equivalente, caratterizzata da una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione *quo ante* alla commissione del reato, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore, a carico del responsabile ed è connotata perciò da un carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa, qualsiasi funzione di prevenzione che, costituisce la funzione principale della misura di sicurezza.

quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato". "Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato".

Sulla scia della sentenza Lucci il legislatore, nell' introdurre l'art. 578-bis c.p.p. con il d.lgs. 21 del 2018, limita l' applicazione della confisca alla sola ipotesi prevista dal primo comma ovvero nei casi di confisca diretta e di prevenzione e nei casi di confisca come misura di prevenzione patrimoniale, di conseguenza esclude la confisca prevista al secondo comma ovvero per equivalente, nel caso in cui venga dichiarato il reato estinto per prescrizione, nel secondo grado di giudizio, qualora nel primo grado vi sia stata la affermazione della sussistenza del reato nonché della responsabilità dell' imputato.¹⁹⁹ A seguito della sentenza "Telecom"²⁰⁰, la Corte d'Assise di Milano intervenuta come giudice del rinvio, ha riconosciuto la valenza di quanto statuito nella sentenza Lucci anche nell' ipotesi di confisca ex art. 240.1

¹⁹⁹TUZZI R. "L'art.578bis c.p. tra vecchi e nuovi orientamenti pretori e nuove formulazioni codicistiche", in *discrimen*.

²⁰⁰In primo grado, la Corte d'assise di Milano ha condannato l'imputato per il reato di associazione a delinquere (art. 416 co. 1 e 2 c.p.) finalizzata alla commissione di una pluralità di reati, quali la corruzione di pubblici ufficiali per atti contrari ai doveri d'ufficio (artt. 319 e 321 c.p.), l'utilizzazione a fini patrimoniali di segreti d'ufficio, ossia di informazioni tratte da banche dati del Ministero dell'Interno, del Ministero delle Finanze e del Ministero della Giustizia, nonché di informazioni riservate acquisite dai servizi di informazione dello Stato italiano e di Stati stranieri (art. 326 co. 1 e 3 c.p.), l'acquisizione e il procacciamento illeciti di notizie e documenti attinenti la sicurezza dello Stato (art. 262 c.p.), l'accesso e l'intrusione illeciti in sistemi informativi di enti, aziende e privati cittadini (art. 615 ter co. 1, 2 e 3 c.p.), l'intercettazione di flussi telematici (art. 617 quater c.p.), l'appropriazione indebita (art. 646 c.p., aggravata ai sensi dell'art. 61 n. 11 c.p.), e l'illecito trattamento di dati personali in violazione degli artt. 23, 26, 27, 123, 167 del d.lgs. n. 196/2003. La Corte d'assise ha invece dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione in relazione ai singoli reati cui era finalizzata l'associazione e che venivano contestati all'imputato, fatta eccezione per il reato di rivelazione di notizie di cui è vietata la divulgazione previsto dall'art. 262 c.p., per il quale lo stesso veniva effettivamente condannato. In particolare, il giudice di prime cure ha ritenuto provata l'esistenza di un'associazione criminale – cui l'imputato ha preso parte in qualità di investigatore privato e di amministratore di diverse società – finalizzata alla commissione di un'opera sistematica di corruzione di pubblici ufficiali, italiani e stranieri, volta ad ottenere informazioni riservate e formare dei dossier riguardanti politici, giornalisti, imprenditori e altri privati. Il giudice di primo grado ha altresì ordinato la confisca ai sensi dell'art. 240 c.p. dei beni in sequestro, beni che rappresenterebbero «parte del profitto» che l'imputato ha direttamente tratto dal delitto associativo. In secondo grado, la Corte d'assise d'appello ha riformato parzialmente la sentenza del primo giudice, dichiarando non doversi procedere per il reato di cui all'art. 416 co. 1 e 2 c.p. in quanto estinto per intervenuta prescrizione. La Corte d'assise d'appello ha però confermato le statuizioni relative alla confisca, in particolare ritenendo che l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione non precluda al giudice dell'impugnazione la possibilità di disporre la misura patrimoniale, se l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come profitto è rimasto inalterato anche nel successivo grado di giudizio. La Corte di Cassazione ha parzialmente accolto il ricorso presentato dall'imputato e ha annullato la sentenza della Corte d'assise d'appello di Milano – per quanto qui rileva – limitatamente alla confisca, rinviando per un nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della medesima Corte d'appello milanese. La Suprema Corte ha innanzitutto ritenuto infondati i motivi di ricorso concernenti l'asserita estraneità dell'imputato al sodalizio criminale. La Corte ha infatti ritenuto ormai pacifico il ruolo di organizzatore svolto dall'imputato all'interno del c.d. sistema Telecom. TRINCHERA T. "Confisca del profitto in caso di prescrizione del reato: la Corte d'Assise d'appello di Milano estende il principio affermato dalle S.U. Lucci anche alla confisca del profitto ex 240 co.1 c.p." in *Diritto Penale Contemporaneo*.

c.p.(confisca facoltativa). Nella motivazione la Corte d' Assise, distingue la confisca obbligatoria e da quella facoltativa, ritenendo applicabile al caso di specie quest'ultima in quanto la ricchezza da sottoporre allo strumento ablatorio non costituisce "prezzo del reato" né possa ritenersi essere impiegata per commettere il reato o possa costituire cosa intrinsecamente illecita. Non emergono secondo la Corte, dubbi circa l'applicabilità della confisca, nel caso in cui l'imputato condannato in primo grado sia prosciolto nel secondo grado per la sopravvenuta prescrizione, da un lato appigliandosi al fatto che la Corte di Cassazione nell' operare il rinvio, ha rimesso alla corte di appello, l'individuazione della qualifica della confisca, se obbligatoria o facoltativa, operando un riconoscimento implicito. Inoltre la Corte ritiene di poter estendere quanto previsto nella sentenza Lucci anche alle ipotesi di confisca facoltativa, in un caso come quello in esame, dove risulta pienamente accertata la sussistenza del reato e la responsabilità in capo all' imputato, se la funzione delle ipotesi di confisca previste ai sensi degli artt. 240 secondo comma c.p. e 322-ter c.p., è di tipo ripristinatorio. Ciò giustifica il senso sostanziale del requisito del provvedimento di condanna, quanto disposto nella sentenza Lucci non può che applicarsi anche alle ipotesi di confisca facoltativa del prezzo del reato, avendo in comune con gli articoli 240 secondo comma e 322-ter la stessa finalità special preventiva, che si attua mediante la "sterilizzazione" delle utilità provenienti dalla commissione del reato in capo al suo autore. Le ipotesi di confisca previste dall' art 240-bis c.p. rientrano comunque tra le confische di prevenzione, applicabili *preater delictum o ante delictum*, e non configurano pertanto una pena in senso sostanziale. La confisca di prevenzione ha gli stessi connotati e caratteristiche delle misure di sicurezza, condividono la stessa finalità. Dalla funzione special preventiva della confisca infatti, la corte d'Assise di Milano, ricava un requisito implicito, ma che deve essere accertato in concreto dal giudice, rappresentato dalla pericolosità della cosa, da intendersi come possibilità che la cosa lasciata nella disponibilità del reo possa costituire per lui incentivo per commettere nuovi reati²⁰¹. Nelle ipotesi di confisca del profitto o del prodotto del reato, la pericolosità deve essere intesa *in re ipsa*, nel senso che, si ritiene pericoloso mantenere il soggetto nella disponibilità del vantaggio economico ottenuto direttamente dalla commissione del reato, o il risultato

²⁰¹Cass.,Sez.un., 26 giugno 2015, Lucci,§ 10, in Cass. pen. pag. 1377

empirico della condotta criminosa nel caso di prodotto del reato. Così la confisca di cui al primo comma dell'art. 240 c.p. potrà essere esclusa quando nel caso concreto non emergano, a fronte di elementi fattuali e in termini inequivoci, la insussistenza della pericolosità intrinseca che permetta di disattendere la regola generale dell'ordinamento, che impone sempre l'ablazione del profitto del reato in attuazione della funzione special preventiva dell'istituto.²⁰²

Quanto detto finora deve rapportarsi con il generico rinvio ad opera del legislatore della Spazzacorrotti all' art 322-ter c.p., che al secondo comma prevede una forma di confisca per equivalente, così che parrebbe nelle intenzioni del legislatore estendere il campo di applicabilità della confisca senza condanna anche a tali ipotesi. Tale richiamo non sembra essere una svista del legislatore poiché dove ha voluto limitarne la portata lo ha espressamente previsto, richiamando solamente il primo comma dell'art 240-bis c.p.

Tuttavia, il suddetto richiamo, confligge con l'art 25 secondo comma Cost., 27 Cost., 7 CEDU e art. 1 c.p., essendo la confisca per equivalente un vero e proprio provvedimento avente natura sanzionatoria.

Inoltre, l'art. 578-bis c.p.p. essendo una disposizione avente natura processuale e non sostanziale, segue il principio *del tempus regit actum*, consentendo dunque un'applicazione retroattiva, in contrasto con l'art 2 c.p. e 7 CEDU, in merito alla irretroattività della legge sfavorevole al reo.

Il rischio è quello di creare un eccessivo giustizialismo, e di frustrare i principi generali del diritto penale, in quanto alla confisca per equivalente dovrebbe applicarsi sempre lo statuto della pena, che ricomprende il principio di colpevolezza, di irretroattività e la necessità di una condanna in senso formale.

Passando al secondo profilo di criticità, ovvero in relazione a quanto dispone la L. Spazzacorrotti in merito all'istituto della prescrizione, deve notarsi che l'operatività di questa è temporaneamente sospesa fino al primo gennaio 2020, mentre quanto previsto all'art. 578-bis è immediatamente operativa. Da ciò deriva che il contenuto dell'art. 578-bis c.p.p. troverà applicazione limitatamente all' ambito temporale antecedente, fin quando dunque la estinzione del reato per prescrizione avvenuta in un grado successivo al primo potrà ancora essere dichiarata. Sotto questo profilo si

²⁰²TRINCHERA T. “*Confisca del profitto in caso di prescrizione del reato*” cit.,

osserva che l'articolo in questione è una norma a scadenza parziale: il giudice non sarà più in grado di statuire sulla confisca ordinata con un provvedimento che attesta l'estinzione del reato sopravvenuto successivamente alla pronuncia di primo grado, poiché la prescrizione rimarrà sospesa fino alla eventuale esecuzione del provvedimento di condanna. In tal modo, l'organo decidente potrà applicare l'art. 578 c.p.p. solamente per l'estinzione del reato derivante da cause diverse dalla prescrizione.²⁰³

4.2. Problemi sul piano sostanziale: il bene giuridico tutelato e il tradimento del sistema 231

Il novellato sistema anti corruzione, se preso in considerazione in relazione al sistema 231/2001 può prestarsi a una serie di valutazioni, positive e negative.

La legge Spazzacorrotti è ispirata, come detto in precedenza, dalla presunta necessità di un intervento volto a intensificare e rafforzare il sistema punitivo, pur essendosi introdotta una attenuazione di pena, a fronte di condotte riparative dell'ente. Nel caso in cui un appartenente all'ente, che sia un apicale o un sottoposto, si renda autore di un reato di corruzione nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, l'inasprimento dei trattamenti sanzionatori porta ad esiti parossistici, in quanto il legislatore nel potenziare l'aspetto punitivo dei reati citati, non è intervenuto a modificare l'apparato sanzionatorio, generando così, gravi dislivelli punitivi.

Gli enti collettivi condannati per fatti di corruzione, si trovano a dover scontare pene molto elevate, che nel pratico assurgono alla "pena di morte" dell'ente stesso²⁰⁴, mentre il trattamento sanzionatorio, nella specie di carattere interdittivo, riservato all'ente i cui soggetti apicali si siano resi protagonisti di fatti di corruzione, o nel caso in

²⁰³TUZZI R. "L'art. 578bis c.p. tra vecchi e nuovi orientamenti pretori" cit.

²⁰⁴MUCCIARELLI F. "La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione" Cit. ,Pag. 134.
"nella prospettiva del contrasto alla criminalità d'impresa legata al perseguimento del profitto 'costi quel che costi', il legislatore del d.lgs. 231/2001 attribuisce dunque valenza decisiva proprio alla nozione di 'impresa criminale', tanto da decretarne la eliminazione definitiva dal mercato, sancendo l'inapplicabilità delle procedure remediali, invece possibili nelle ipotesi di atteggiamenti recidivanti."
"a fondare la reazione punitiva estrema è non tanto la quantità delle condotte devianti (in ipotesi, anche considerevolmente numerose se si immagina una forma seriale, ulteriormente connotata dalla 'recidiva'), quanto piuttosto la torsione dell'ente nel suo complesso verso la realizzazione di attività esclusivamente (o prevalentemente) criminali"

cui siano accusati di partecipazione a associazioni criminose, risulta invariato e di gran lunga inferiore.

In secondo luogo la riforma, sempre con riguardo agli eccezionali strumenti di repressione del legislatore del 2019, finisce per tradire l'obiettivo di fondo che caratterizza il sistema della 231.

Il fatto che il legislatore abbia compreso nel catalogo dei reati presupposto, i reati di corruzione e in generale contro la pubblica amministrazione è senz'altro apprezzabile, come già rilevato in precedenza, a seguito della diffusione della illegalità di impresa, le cui persone fisiche, ad essa legate, agiscono per scopi che trascendono motivazioni personali ma che sono direttamente pertinenti con il soggetto economico e le sue autonome scelte di politica aziendale/ imprenditoriale; allo stesso tempo però l'apparato delineato dal sistema del d.lgs.231/2001, nell'introdurre la responsabilità da reato dell'ente ha certamente riconosciuto l'efficacia deterrente della promessa di punizione non solo della persona fisica autore del reato ma anche dell'ente di appartenenza nell'interesse delle quali i primi agiscono. È opportuno precisare che i fenomeni corruttivi nascono all'interno delle diverse strutture organizzative degli enti collettivi, e per reprimere tale fenomeno non è sufficiente la minaccia di una pena, sia pure diretta, oltre che nei confronti della persona fisica anche alla persona giuridica, ma occorre coinvolgere nel perseguimento dell'obiettivo le stesse imprese. Per questo motivo le stesse ai sensi del decreto legislativo sono chiamate a organizzarsi tramite la predisposizione e l'attuazione di modelli organizzativi,²⁰⁵ i quali costruiti ad hoc, consentono di fronteggiare in via preventiva la commissione di reati attraverso l'individuazione precauzionale di processi sensibili che possano agevolare la commissione di reati e quindi evitare che questi possano nel concreto verificarsi. Nasce così un modello

²⁰⁵SANTORIELLO C., *“La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi”*, In riv. 231, fasc. 2/2019, cerca di dare una risposta al quesito “Cosa significa redigere un modello organizzativo?” domanda che poi si tramuta nel quesito rilevante sotto l'aspetto pratico «come valuterà il pubblico ministero il Modello della mia azienda? Qualora qualche mio dipendente o collaboratore commetterà un reato che possa ritenersi posto in essere a vantaggio o nell'interesse della mia impresa, le precauzioni, le procedure che ho adottato, saranno considerate adeguate, saranno sufficienti ad esonerare la società da ogni responsabilità?» “Il primo aspetto che occorre considerare nella redazione del Modello organizzativo e nell'ottica di una sua futura valutazione da parte del pubblico ministero è l'individuazione del risultato cui, nelle intenzioni del legislatore, deve tendere la compliance che le società devono implementare al loro interno per prestare osservanza ai dettami del d.lgs. 231/2001”

organizzativo o *compliance program*, la cui predisposizione resta comunque facoltativa negli enti collettivi privati, che funge da un lato da strumento volto a proteggere l'ente in campo processuale qualora nei suoi confronti venga instaurato un procedimento penale, dall'altro mira a fornire un modello che strutturi l'organizzazione interna all'ente in modo da limitare le occasioni di commissione di reati, da parte di dirigenti o dipendenti. Ma non basta: il modello deve risultare efficace, il fatto di aver predisposto un modello non deve far presupporre che in caso di violazione sarà comunque esonerato da responsabilità. Di contro oggetto di valutazione, in tale sede, da parte degli inquirenti, sarà la concreta efficacia delle misure predisposte trovavano effettiva attuazione in azienda.²⁰⁶ Il messaggio culturale cui il legislatore del 2001 ha inteso farsi portatore è che la prevenzione di fenomeni criminali all'interno dell'ente commerciale non passa per il tramite di sanzioni repressive severissime o tramite controlli stringenti sull'operato di chi opera nell'ente commerciale, ma richiede una volontà precauzionale in capo all'imprenditore.

Appare ingiusto attribuire la responsabilità penale a quest'ultimo per i fatti commessi dai dipendenti, posto che i vertici della società non possono certo sottoporre a controllo continuo i propri collaboratori, possono senz'altro richiederli un comportamento rispettoso della legalità, fornire delle linee guida che evidenzino quali comportamenti sono opportuni ed apprezzati e quali invece censurati nello svolgimento della loro attività lavorativa, ma poi l'adeguamento o meno del soggetto destinatario è unicamente rimesso alla responsabilità del singolo. Per tali motivi un sistema organizzativo basato su controlli stringenti e perenni è destinato a cadere perché è altamente probabile che si possano verificare delle inefficienze e queste il più delle volte possano tradursi in reati che implicano una responsabilità ex 231/2001 dell'ente di appartenenza.

Il fatto è che però il rimprovero che viene mosso all'ente ai sensi del decreto legislativo 231/2001 per fatti illeciti o comportamenti illegittimi dei dipendenti dell'azienda, non riguarda la capacità o meno del dirigente nel sottoporre a controllo il

²⁰⁶Il contenuto dello stesso sia stato nel tempo aggiornato in relazione al progredire la scienza e della tecnica, in relazione all'entrata in vigore di nuove normative ed in considerazione dell'eventuale verificarsi di vicende, di situazioni che hanno attestato che l'originaria conformazione dell'organizzazione aziendale era non adeguata.

settore dell' organizzazione ove si è commesso il reato, ma il rimprovero riguarda la mancata predisposizione di un modello che avrebbe garantito un assetto organizzativo adeguato a gestire il fattore di rischio rappresentato dall' altrui errore o dalla altrui condotta delittuosa. La prevenzione degli illeciti come sancito dal decreto legislativo in questione non si attua attraverso sistemi stringenti di controllo , ma attraverso un adeguata organizzazione, e ciò che tale sistema richiede non è un controllo da parte dell' imprenditore su fattori di inefficienza o tendenze delittuose dei propri sottoposti, ma l' adozione in via preventiva di strumenti, procedure, vincoli atti ad impedire la commissione di reati compiuti sia da soggetti apicali, sia da soggetti sottoposti con l' intento di favorire l' ente.

Evidenziato lo scopo di fondo del modello organizzativo, strumento principe, secondo il d.lgs.231/2001, per fronteggiare il pericolo di compimento di reati, con facilità si scorgono i punti di contrasto con il sistema repressivo- punitivo della legge 3/2019, diretto a intimidire e neutralizzare piuttosto che a prevenire e a rieducare, il legislatore sembra essersi dimenticato quali fossero gli “ideali” del sistema 231/2001. L' illegalità in azienda va contrastata mediante interventi di carattere preventivo, ma una volta che il reato si è verificato, occorre ricondurre l'ente alla legalità, occorre predisporre dei modelli che per il tramite di una ristrutturazione aziendale rendano sempre meno conveniente per i singoli e per gli enti la commissione di reati e che soprattutto eliminino il rischio che questi si verifichino di nuovo, riportando l'ente alla legalità. E' in merito a tale adempimento che deve essere giudicata la responsabilità e la compartecipazione della società nella vicenda criminosa, dovendosi valutare, per procedere a una punizione, non il mero fatto che questa sia stata o meno avvantaggiata dalla commissione dell'illecito, ma che il reato si sia innestato nell'ambito di una disorganizzazione dell'impresa, che questa non si sia efficacemente adoperata al fine di rendere meno agevole o meno probabile la commissione di reati. E' ancor più importante sottolineare come il legislatore del 2019 con la previsione di sanzioni così gravi nel caso in cui l'ente risulti responsabile di fatti di corruzione, di fatto ignori l'obiettivo cui deve tendere la implementazione di una *compliance* aziendale ai sensi del d.lgs. 231/2001. In particolare ai fini di un giudizio di idoneità del modello integrato nella singola realtà aziendale è necessario che questo risulti idoneo non già ad impedire e precludere la possibilità che vengano

commessi al suo interno reati in termini assoluti, essendo altamente improbabile che la misura preventiva possa raggiungere tale risultato²⁰⁷.

Il legislatore si limita a porre l'obiettivo finale, ovvero la prevenzione di illeciti commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente e rimette all'imprenditore la scelta degli strumenti per pervenirvi, rinviando ad un momento successivo, ovvero al momento in cui il reato risulta commesso, la valutazione circa l'idoneità del modello e quindi l'adeguatezza degli assetti organizzativi predisposti. Pertanto l'esito a cui deve tendere l'impresa non è eliminazione del rischio della commissione degli illeciti ma il più ragionevole abbassamento delle probabilità che venga commesso un illecito in ogni ramo dell'attività aziendale. Anche laddove l'esercizio dell'impresa offra la possibilità a dipendenti o a dirigenti di commettere reati, questa andrà comunque esente da punizione qualora abbia riportato tale pericolo a livelli accettabili²⁰⁸. Tale livello accettabile di rischio varia da azienda a azienda dato che i presidi posti a prevenzione del rischio reato sono calibrati sulla singola realtà aziendale cui si riferiscono. Alla luce di tali considerazioni le criticità della novella legislativa si possono cogliere chiaramente: il quadro sanzionatorio predisposto è giustificabile dall'erroneo presupposto che nel caso di commissione di illeciti nell'interesse o a vantaggio della società corrisponda una responsabilità di quest'ultima stante l'incapacità di evitare o impedire la commissione. Tale conclusione sembra piuttosto semplicistica, poiché non tiene in considerazione il principio secondo cui l'adozione di un modello organizzativo non è di per sé una garanzia dell'impossibilità assoluta che si verifichino illeciti, il fatto che questi si verifichino non è un indice di valutazione circa l'idoneità o meno del modello né tantomeno può sostenersi l'idea di una colpa di organizzazione la cui sussistenza sarebbe la commissione stessa dell'illecito. Ma il legislatore del 2001 mirava tramite un approccio razionale a responsabilizzare l'ente al fine di costituire un'organizzazione che rendesse estremamente difficoltosa la commissione dell'illecito, con la consapevolezza

²⁰⁷Nello stesso senso SANTORIELLO C. cit., pag. 149 “Contrariamente a quanto spesso si afferma il giudizio sull'idoneità di un Modello organizzativo non passa per la capacità dello stesso di impedire e precludere in termini assoluti la commissione di illeciti nell'ambito dell'attività aziendale e ciò per la semplice ragione che non esiste alcuna misura preventiva che sia in grado di garantire il raggiungimento di un tale risultato.”

²⁰⁸SANTORIELLO C., “Valutare l'idoneità del Modello significa verificare se la società, mediante l'assetto organizzativo che si è data e che ha trasfuso nel MOG, abbia o meno riportato il rischio di verifica del reato ad un livello che deve essere ritenuto accettabile”.

dell'impossibilità che l'assetto in questione avesse potuto impedirne in termini assoluti la verifica.

4.3. Riflessi sul piano investigativo -processuale della legislazione emergenziale

Il modello di legislazione emergenziale si riflette anche sul piano investigativo-processuale, la legge “Spazzacorrotti” compie il suo ultimo passo verso l'allontanamento irreversibile dalla visione liberale del sistema politico e costituzionale del quale il diritto penale rappresenta semplicemente una sovrastruttura. Lo scopo del legislatore, emerge chiaramente dalla relazione illustrativa al disegno di legge è di “potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione”. Proprio al fine di potenziare l'accertamento dei reati contro la pubblica amministrazione, vengono estesi alcuni strumenti investigativi tradizionalmente utilizzati nell'accertamento di reati di traffico di stupefacenti o di altri reati connessi alla criminalità organizzata e di tipo mafioso, come l'agente sotto copertura anche a rischio di compromettere irreversibilmente la salvaguarda dei diritti fondamentali. Difatti le scelte legislative compiute segnalano in maniera inequivoca la deriva tipica della tendenza emergenziale, che porta verso il convincimento che data l'eccezionalità del fenomeno corruttivo odierno è necessario reagire con disposizioni normative che derogano le normali misure ricorrendo addirittura all'utilizzo dell' agente sotto copertura con il rischio, già sperimentato in altri ordinamenti che questo di fatto finisca per “vestire i panni” di un agente provocatore, ossia che invece di inserirsi in contesti collusi in maniera “passiva”, l' agente provocatore al contrario “ incita” il compimento di un reato che altrimenti non sarebbe commesso, apportando quindi un contributo motivazionale in capo al soggetto attivo. L' ampliamento del campo di applicazione è funzionale all'emersione del patto illecito, muovendo dal presupposto che la corruzione sia endemica e come tale difficilmente accertabile sul piano probatorio poiché i reati di corruzione risultano connotati dalla comunanza di interessi illeciti dei due soggetti

che vi concorrono, e dal legame omertoso che li lega, e di conseguenza è difficile la repressione. Si ravvisa la necessità di ridurre il divario tra il commesso e lo “scoperto”, incidendo sulla cifra oscura del reato²⁰⁹, verosimilmente elevata sebbene sia impossibile stabilire quanto. Tuttavia il rischio rappresentato dalle undercover operation è senza dubbio quello che la legittima raccolta della prova in ordine a determinati reati finisca in una vera e propria istigazione a delinquere, con inevitabile sacrificio della libertà e dell'autodeterminazione del cittadino sull'altare della pretesa dell'iper effettività del diritto penale.

L'estensione dell'utilizzo dell'agente sotto copertura per i reati di corruzione è avvenuto tramite il comma 8 dell'unico articolo della L. 3/2019, apportando una serie di modifiche, sia, come già detto, dal lato dei reati presupposto, sia sulle condotte dell'agente scriminate, intervenendo a tal fine sull'art.9 L.146/2006 che delinea lo statuto giuridico di tale organo di polizia giudiziaria, ha riunito ed integrato la disciplina degli agenti sotto copertura in precedenza sparsa nei diversi settori normativi, traffico di stupefacenti, criminalità organizzata e terrorismo. L'ingresso dei reati di corruzione tra i reati presupposto ha determinato la modifica, al fine di adattare alla nuova tipologia delle fattispecie criminose inserite, delle condotte scriminate che l'agente sotto copertura è legittimato a compiere, al solo fine di acquisire prove in ordine ai delitti contemplati.

Tuttavia, nell'ordinamento non trova riscontro la predisposizione di sanzioni in caso di inosservanza di tali limitazioni da parte degli agenti di polizia. In assenza di disposizioni positive, la giurisprudenza ritiene che le violazioni delle norme procedurali non sempre comporti l'inapplicabilità della scriminante, ma talvolta determina una mera irregolarità della procedura, che potrà determinare tutt'al più una sanzione disciplinare, non una responsabilità penale.²¹⁰ In ogni caso ogni qual volta il giudice ritenga che la condotta posta in essere risulti esorbitante rispetto alle condotte espressamente scriminate, risulta applicabile in via residuale la scriminante

²⁰⁹In tal senso CINGARI F. *“Repressione e prevenzione della corruzione pubblica”* cit. pag.4
“le cause dell'elevata cifra oscura che caratterizza il fenomeno corruttivo sono molteplici e legate fondamentalmente alla natura dei delitti di corruzione, alle caratteristiche della vittima della corruzione, alla presenza della criminalità organizzata, e infine dall'atteggiamento delle agenzie del controllo sociale”.

²¹⁰FRAGASSO B. *“L'estensione delle operazioni sottocopertura ai delitti contro la pubblica amministrazione dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle corti americane un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

dell' adempimento del dovere, secondo lo stesso articolo 9 d.lgs. 146/2006. Ancora prima che fosse introdotta con legge 26 giugno 1990 n. 162 la prima scriminante relativa all' infiltrazione poliziesca limitatamente al solo acquisto simulato di stupefacenti, la Corte di Cassazione già riconosceva la scriminante in base al combinato disposto degli articoli 51 c.p. e 55 c.p. secondo tale orientamento, il fatto illecito commesso dalla polizia dovrebbe essere scriminato sulla base dell' adempimento di un dovere, quale espressamente riconosciuto dall' art 55 c.p., relativo all' obbligo della polizia giudiziaria di impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori. La giurisprudenza applica tale scriminante in senso restrittivo, limitando l'ambito di operatività della stessa ai soli casi in cui la condotta di impedimento posta in essere dall' agente sotto copertura sia passiva, ovvero indiretta e marginale, risolvendosi in una mera attività di controllo, osservazione e contenimento dell'attività criminosa altrui.²¹¹ Nonostante ciò a limitare la possibilità che il mezzo investigativo venga sviato, si è espressamente escluso che l'agente possa fruire della nuova causa di non punibilità ex art 323-ter comma 3 c.p. qualora lo stesso abbia posto in essere condotte contrarie a quanto disposto dall' art.9 d.lgs.146/2006. Tale previsione si presta a prevenire "l'utilizzo" di persone interposte, ammesso dall' art.9, per evitare che la denuncia sia preordinata alla commissione del reato. Il legislatore, nell' estendere l' attività sotto copertura in merito all' accertamento dei reati contro la pubblica amministrazione, doveva impegnarsi ad onorare un duplice vincolo a livello internazionale , in positivo, predisponendo nuove forme investigative speciali idonee a fronteggiare la lotta alla corruzione, e in negativo, insito nel rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell' uomo, giudicata dalla Corte Edu incompatibile con vere e proprie forme di istigazione a commettere un reato per acquisire o far acquisire la prova dello stesso reato. Sotto questo profilo sembra chiara la distinzione nota al livello internazionale ed europeo tra agente infiltrato e agente provocatore. La Corte riconosce legittima la condotta dell'undercover agent solamente laddove rimanga nell'ambito di una attività di investigazione puramente passiva, l'agente può solamente aderire alla

²¹¹ Cass. Sez. IV penale Sentenza 30 ottobre 1999, n. 12347 "Ai sensi dell'articolo 51 del C.p., e pur fuori dall'ipotesi di cui all'articolo 97 del D.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, è lecita la condotta dell'agente provocatore appartenente alla polizia giudiziaria che, attraverso un indiretto e marginale intervento nell'ideazione e nell'esecuzione del reato, si concretizzi prevalentemente in un'attività di osservazione, di controllo e di contenimento delle azioni illecite altrui."

condotta criminale, mentre non può in nessun caso esercitare un'influenza causale sia morale che materiale. Qualora l'agente contravvenga a tale indicazione e l'attività sotto copertura sia sfociata in un'azione provocatoria, la CEDU riconosce la violazione dell'art 6 in relazione al diritto a un equo processo e inutilizzabili le prove così raccolte. Per verificare se la condotta dell'agente abbia avuto rilevanza causale rispetto alla realizzazione del fatto reato, la CEDU adopera il cosiddetto "*but-for test of causation*", volto a rilevare se gli agenti abbiano semplicemente dato l'opportunità al ricorrente di commettere un reato che avrebbe comunque commesso, oppure se abbiano esercitato un'influenza determinante sulla volontà criminosa del soggetto, volontà prima inesistente. La verifica della CEDU ricade sulla sussistenza dei seguenti elementi, se vi siano o meno sospetti circa la pregressa attività criminosa del soggetto, se siano stati gli agenti a prendere l'iniziativa e abbiano così contattato il soggetto, se abbiano rinnovato l'offerta dopo un primo rifiuto, se abbiano offerto una cifra esorbitante per la transazione. Qualora non si abbiano riscontri relativi all'*entrapment*, la Corte dichiara violato l'art. 6 CEDU, nel caso in cui non sia stata data la possibilità al ricorrente durante il processo, di sollevare la questione relativa alla provocazione tramite eccezioni specifiche o altre modalità.²¹²

I rischi che le attività in esame si trasformino in una attività provocatoria tuttavia sussistono, oltre che in riferimento ai reati di criminalità organizzata, soprattutto per i delitti contro la pubblica amministrazione, ambito nel quale però sembra più difficile la dimostrazione della sussistenza dei criteri enunciati dalla CEDU, al fine di poter

²¹² in materia di reati contro la pubblica amministrazione (Ramanauskas c. Lituania, n. 74420/01, 5 febbraio 2008, Tchokhanelidze c. Georgia, n. 31536/07, 28 giugno 2018; Sandu c. Repubblica di Moldavia, n. 16463/08, 11 febbraio 2014). A proposito di questi ultimi, nel leading case Ramanauskas c. Lituania la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 6 Cedu in rapporto a una sentenza di condanna pronunciata dai tribunali lituani poiché fondata esclusivamente su prove ottenute attraverso provocazione. In quel caso l'agente AZ aveva approcciato il magistrato Ramanauskas, ritenendo che fosse già stato corrotto in passato, e gli aveva offerto una tangente di 3000 dollari in cambio dell'assoluzione di un terzo. Ramanauskas inizialmente rifiutò, poi acconsentì: il procuratore aprì dunque l'indagine che sfociò nell'arresto e nella condanna per corruzione. La Corte ritenne che la condanna di Ramanauskas violasse l'art. 6, per le seguenti motivazioni: (i) La richiesta di autorizzazione giudiziaria era stata effettuata solo successivamente al primo incontro tra AZ e Ramanauskas, in cui il ricorrente aveva già accettato la proposta: la fase iniziale dell'operazione avvenne dunque in assenza della supervisione giudiziaria. (ii) Non vi erano prove oggettive che Ramanauskas avesse commesso reati contro la pubblica amministrazione in precedenza. (iii) Tutti gli incontri tra Ramanauskas e AZ avvennero su iniziativa di quest'ultimo. Inoltre, il magistrato si era inizialmente mostrato poco incline ad accettare l'offerta. (iv) Infine, la Corte sottolineò che le Corti lituane non avevano esaminato con sufficiente attenzione l'*entrapment plea* allegata dal ricorrente, giungendo ad individuare anche un profilo di violazione procedurale dell'art. 6 CEDU."

escludere nel caso concreto la provocazione. Infatti in contesti come quello dei reati contro la pubblica amministrazione, è molto difficile da provare il requisito del sospetto di una precedente attività criminosa del soggetto indagato, essendo i reati di corruzione caratterizzati non solo da una condotta apparentemente rispettosa dei beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici, ma dal lato soggettivo il più delle volte coinvolge soggetti apparentemente irreprensibili. Inoltre provare la corruttibilità appare un'impresa assai ardua, essendo questa riconducibile a una sfera prettamente interna del soggetto.

La scelta del legislatore di evitare che l'attività investigativa si riduca a una condotta provocatoria, si rintraccia anche nel fatto che tra i reati presupposto richiamati vi è l'art. 319 quater c.p., limitatamente al comma primo, che punisce il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, non il secondo che incrimina il privato. La ragione dell'esclusione è semplice: nel caso del secondo comma l'agente infiltrato dovrebbe assumere le vesti del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, e dunque dovrebbe provocare. Nell'enunciare le condotte scriminate queste paiono più precisamente adattabili a situazioni in cui l'infiltrato assuma le vesti dell'*extraneus*, poiché le azioni possono consistere nel "corrispondere denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri"²¹³; "promettere o dare denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio";²¹⁴ "promettere o dare denaro o altra utilità (...) sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio per remunerarlo."²¹⁵ Si tratta in effetti di condotte che non si limitano al controllo dell'attività delittuosa altrui, ma potrebbero rilevare a titolo di compartecipazione nel reato, essendo l'infiltrato di fatto equiparato al corruttore²¹⁶. Resta ferma la necessità che l'attività criminosa sia già perfezionatasi, dovendosi trattare di un accordo illecito già concluso da altri, o comunque deve sussistere "la

²¹³Condotta potenzialmente rilevante a titolo di concorso in corruzione e riguardante nella prassi le cd." consegne controllate".

²¹⁴Condotte volte a raccogliere elementi di prova in ordine ai delitti di concussione, corruzione passiva, induzione indebita, turbativa.

²¹⁵Traffico di influenze illecite.

²¹⁶Così PADOVANI T. " *La spazzacorrotti : Riforma delle illusioni* " cit. pag. 65 "È facile constatare come il legislatore abbia attribuito all'agente sotto copertura un ruolo corrispondente a quello del corruttore: ad altro non può infatti riferirsi il "corrispondere" o il "promettere" o il "dare" danaro o altra utilità."

richiesta” del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio, o la sollecitazione dell’intermediario. La sollecitazione indebita da parte del pubblico agente ben potrebbe essere conseguenza di comportamenti allusivi e surrettizzi dell’agente infiltrato, a tal fine sarà necessario in sede processuale procedere a un’attività ricostruttiva non proprio agevole. Tale esigenza diviene ancora più impellente nel caso in cui l’infiltrato vesta i panni dell’*intraneus*, poiché “il ricevere o il promettere denaro o altra utilità” nonché “accettarne l’offerta o la promessa”, condotte compatibili con la corruzione passiva e incluse nell’ art. 9 già prima della recente novella. Il quadro normativo diviene intricato poiché la ricezione dell’*utilitas* potrebbe anche seguire una sollecitazione illecita del pubblico agente sotto copertura²¹⁷. Per evitare tale possibilità potrebbero essere pertinenti all’operazione sotto copertura solamente le condotte di accettazione dell’offerta ovvero della promessa di un indebito, oggetto di inserzione nell’ articolo 9 ad opera della legge 3/2019. L’ accettazione dell’offerta, seppur rientrante nel campo più vasto della ricezione di un’utilità, ha però la caratteristica di connotare in chiave essenzialmente adesiva la condotta del pubblico funzionario apparente, lo stesso vale per l’accettazione della promessa. Ogni dubbio residuale deve comunque risolversi mediante una interpretazione costituzionalmente orientata e convenzionalmente conforme, al fine di evitare che in uno stato di diritto trovi appiglio un’investigazione orientata anziché al raccoglimento delle prove necessarie all’ accertamento del fatto, a testare l’onestà e la moralità dei cittadini, siano essi soggetti pubblici o privati.²¹⁸L’impianto realizzato mal si attaglia sul piano applicativo a ipotesi corruttive di rilevante impatto sociale ed economico, si pensi a commesse pubbliche o appalti di cospicuo valore, è assai ardua la possibilità che un agente possa infiltrarsi in un settore così selettivo e poco permeabile, prescindendo da un rapporto fiduciario coltivato nel tempo, specialmente se vi è la possibilità, ora normata, che potrebbe trattarsi di un falso sodale, vi è ancora più circospezione. Per riuscire ad entrare in fitte reti corruttive pertanto saranno utilizzati più frequentemente interposte persone, ma anche nell’ eventualità che l’agente fosse riuscito ad integrarsi, sarà

²¹⁷Così CAMON A. cit. pag. 108 “Le attività che l’agente infiltrato può compiere quando finge d’essere un funzionario corrotto sono tratteggiate con mano meno ferma: «acquista[re], ricev[ere]» denaro o altre utilità o accettarne «l’offerta o la promessa», sono azioni compatibili con un’iniziativa autonoma dell’agente sotto copertura.”

²¹⁸Così MONGILLO V. cit. pag. 67

sempre molto complicato ricostruire se e in che misura ha rispettato i “limiti” imposti dalla normativa di riferimento, al fine di assicurarsi la prova. Mentre in ipotesi di corruzione minore, si pensi ad esempio al pagamento per saltare una fila di attesa per una prestazione sanitaria o per ottenere una licenza, sarà più agevole il compito dell’agente infiltrato ma sussiste il pericolo che la sua attività sconfini in una provocazione, si tratta di situazioni però in cui potrebbe mancare il presupposto applicativo dell’undercover operation.²¹⁹

A sollevare dubbi inoltre è la clausola di chiusura dell’articolo 9 d.lgs.146/2006 che determina una rischiosa ampiezza della valenza della scriminante funzionale, se da un lato questa ampiezza può accrescere i margini di manovra dell’infiltrato, riduce dall’altra le garanzie per il soggetto cui si svolgono le indagini.

Un’altra complicazione del quadro normativo si riconduce al rinvio in forza dell’art.497 comma 2bis all’art.9 d.lgs.146/2006, riguardante la deposizione anonima dell’agente sotto copertura. La previsione in esame mal si concilia con la giurisprudenza di Strasburgo che prevede l’anonimato solo in determinati casi e comunque mai in via automatica, ma sempre in base alle peculiarità del caso concreto, è che in nessun modo l’anonimato può riguardare il giudice, il quale deve essere a conoscenza dell’identità del dichiarante. La disciplina italiana non risulta rispettosa di tali canoni, sul piano applicativo tuttavia non si riscontrano problematiche data la scarsa applicazione avuta sino ad oggi.

4.4. La legislazione emergenziale: dalla lotta alla criminalità organizzata alla lotta alla corruzione.

Il trend emergenziale innescatosi dagli anni 90’ da Mani pulite ad oggi, vede uno sviluppo simbiotico tra la lotta alla corruzione e la lotta alla criminalità organizzata²²⁰. La legge Spazzacorrotti tende a ribadire le ritenute analogie fra

²¹⁹PADOVANI T. *“la spazzacorrotti riforma delle illusioni”*, Cit. pag.65

²²⁰PALAZZO F. *“Profili criminologici e disciplina legislativa della corruzione in italia” cit. pag 6*
Per molto tempo il fenomeno della corruzione non aveva suscitato la stessa attenzione e preoccupazione della criminalità sanguinaria, come in particolare il terrorismo, e di certe forme criminose che attaccano l’essenza stessa dell’essere umano e la sua dignità, come ad esempio la tratta,

crimine organizzato e logiche corruttive, introducendo elementi collaborazionistico-probatori sul versante sostanziale, condizionando l'accesso al premio dell'impunità a un contegno delatorio.²²¹ Sul versante penitenziario, un incipit si può scorgere dall'introduzione dell'art 4bis della L.152/1991²²², poi convertita dalla legge 12/7/1991 n. 3²²³. Il sistema penitenziario, riformato solo pochi anni prima con la Legge Gozzini, tesa ad assicurare la pena nella visione di una rieducazione volta al reinserimento del reo nel tessuto sociale, strideva con la differenziazione del percorso trattamentale per i soggetti che in ragione della gravità dei delitti per i quali sono stati condannati, sono ritenuti presuntivamente pericolosi e in quanto tali, non meritevoli della fruizione dei benefici penitenziari, che proprio la succitata novella aveva introdotto per favorire il processo di rieducazione del reo.

Si tratta dunque dell'ennesimo sistema a doppio o terzo binario, considerando le disposizioni per i "collaboratori di giustizia", che diviene maggiormente radicalizzato l'anno successivo, quando la disciplina ostativa viene estesa anche a reati che non sono riconducibili al *genus* dei delitti della criminalità organizzata. L'art. 4bis dunque inizia a attrarre ipotesi criminose e quindi soggetti, eterogenei quanto all'ontologia ma accomunate dalla capacità di suscitare allarme sociale. In ossequio alla tendenza di differenziare il trattamento penitenziario in ragione della diversa pericolosità del reo, il legislatore ha distinto in fasce di reati diverse le condizioni dalle quale ricavare la speciale pericolosità degli autori. Per esigenza di

la schiavitù, lo sfruttamento lavorativo e sessuale delle persone, destando il maggiore allarme. Se queste forme odiose di criminalità sono del tutto coerenti con quella "ideologia vittimaria" che pare sempre più dominante e fortemente attiva sull'evoluzione del diritto penale, al contrario la corruzione non è capace di esibire una vittima determinata."

²²¹In tal senso VALENTINI V. *ivi cit.* pag.94, in tal senso anche A. MANNA "Il fumo della pipa (il cd. *Populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura*)", in *Archivio penale*, fasc.3/2018.

²²²Secondo DELLA RAGIONE L. risulta evidente il legame tra l'ampliamento dei reati ostativi di cui all'art. 4bis della legge sull'ordinamento penitenziario e l'incoraggiamento al pentitismo per i fatti di corruzione, fino ad aprire alla causa di non punibilità dell'art. 323-ter c.p.secondo il classico schema bastone-carota come sul piano del metodo è già rilevato da S.MOCCIA "La perenne emergenza".

²²³La legge 12/7/1991 n. 203 distingueva i reati ostativi in due fasce. La prima comprendeva i delitti per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste all' art 416bis c.p.ovvero al fine di agevolare l'attività ivi previste, nonché i delitti di cui agli artt. 416 bis e 630 c.p.e all' art.74 d.p.r.9/10/1990 n. 309.per essi la concessione di misure extra-murarie era subordinata all' acquisizione di "elementi tali da escludere l' attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva". La seconda fascia comprendeva invece i delitti di cui agli artt.575, 628 comma 3, 629 comma 2, nonché l'art.74 d.p.r.9/10/1990 n.309 in presenza dell'aggravante di cui all' art.80 comma 2, il condannato o l'internato non poteva ottenere i benefici purché non vi fossero "elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva".

pragmatismo espositivo, pare opportuno concentrarsi solamente sulla prima fascia di reati nella quale rientrano il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.), il delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico illegale di sostanze avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p.o al fine di agevolare le associazioni mafiose e nella quale la legge Spazzacorrotti ha inserito delitti di cui gli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis. Con riferimento a tali reati la novella legislativa ha introdotto una vera e propria "*probatio diabolica*" sussistendo in capo all' autore dei reati di corruzione l'onere di dimostrare di non avere collegamenti attuali con un'organizzazione criminale. Nello stesso mosaico legislativo si inserisce la disciplina contenuta nel decreto legge 306/1992, prevedendo l'istituto della collaborazione, destinato a ricoprire un ruolo fondamentale ancora oggi. Difatti per vincere la presunzione di pericolosità i condannati debbono offrire un utile collaborazione. Ne deriva un collegamento inscindibile tra l'art 58 ter ord.pen., nel quale si definisce compiutamente il ruolo del "collaboratore con la giustizia" nonché con l'art. 41 bis ord. Pen. Attraverso il quale si completa la definizione del doppio binario. E' chiara la matrice emergenziale della disciplina volta a promuovere la scelta collaborativa, anche in una fase avanzata del procedimento come quella dell'esecuzione della condanna, essendo essa l'unica in grado di fornire delle certezze in merito all' assenza di un collegamento attuale con l'organizzazione criminale, contesto nel quale il reo precedentemente era inserito, risulta assolutamente indispensabile per la realizzazione della risocializzazione del condannato. Ciò anche a discapito delle regole costituzionali, relative alla pena, e sovranazionali, tanto che la CEDU è intervenuta di recente proprio sullo spinoso tema dell'ergastolo ostativo, ricordando come il combinato disposto degli artt. 58 ter ord. Pen e 4 bis ord.pen, costituiscano una forma di pena effettivamente perenne e come tale contraria all' art. 3 CEDU. Tralasciando queste ultime osservazioni che esulano dall' oggetto dell'elaborato, sembra opportuno concentrarsi sul ruolo cardine della dimostrazione della dissociazione, che finisce per segnare i confini della applicabilità della norma, ad oggi estesa attraverso la legge Spazzacorrotti anche ai delitti contro la pubblica amministrazione, risulti di fatto consona a reati realizzati in contesti di criminalità organizzata, i soli rispetto ai quali sembra opportuna una

collaborazione che interviene dopo la condanna. Ciò nonostante l'art. 4bis sembra nel corso del tempo arricchirsi di fattispecie ostative, strutturalmente incompatibili con l'idea di collaborazione, in quanto monosoggettive, come il peculato o a cooperazione necessaria con la vittima, come nel caso della concussione. L'altra novità introdotta dalla stessa legge, consiste nell'aver inserito nell'art. 4bis comma 1 ord. Pen., subito dopo il richiamo all'art. 58 ter ord.pen. l'inciso "a norma dell'art.323bis secondo comma del codice penale". La tipologia delle condotte previste nella circostanza attenuante citata, induce a delimitare la nuova figura di collaborazione nel'arco spazio-temporale dedicato alla cognizione e non anche alla fase esecutiva. Difatti l'accertamento dell'avvenuta collaborazione ai sensi dell'art.323-bisc.p.attiene al giudice di merito allorchè procede alla determinazione della pena e non al giudice dell'esecuzione, in particolare al tribunale di sorveglianza come per l'art.58 ter ord.pen. tuttavia anche nel caso fosse accertata la collaborazione ex art. 323-bisc.p.il pubblico ministero comunque non potrà sospendere l'ordine di carcerazione, atteso che quest'ultima non può operare per i condannati per i delitti di cui all'art.4bis ord. Penit. Ai sensi dell'art 656 comma 9 c.p.p. ne consegue che i condannati per i delitti contro la pubblica amministrazione pur se collaboranti con l'autorità giudiziaria, saranno comunque tradotti in carcere. Oltre agli effetti già considerati, l'inclusione dei reati di "corruzione" al primo comma dell'art. 4bis, comporta l'inapplicabilità dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi ai sensi dell'art.1 comma 2 lett.A) L.26 novembre 2010 n. 199 , ovvero non superiori a 18 mesi e della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva residua nel limite massimo di due anni nei confronti del condannato che abbia scontato almeno la metà della pena detentiva ex art.1 comma 3 lett. A) L. 1.8.2003 n. 207. Tra gli effetti riflessi vi è la restrizione prevista dalla normativa penitenziaria regolamentare in materia di colloqui visivi e telefonici dei detenuti o internati per uno dei delitti previsti dall'art.4 bis comma 1 ord. Penit.

Per quanto riguarda la possibilità per i detenuti o internati, per uno dei delitti previsti dallo stesso articolo, contro la pubblica amministrazione, di accedere ai benefici penitenziari nell'ipotesi di collaborazione "inesegibile" o "impossibile" pare si tratti di una possibilità davvero remota. Invero la disciplina penitenziaria in questi casi, prevede che l'interessato fornisca la prova della mancanza di ogni collegamento con

la organizzazione, dando per scontato tale collegamento, di facile riscontro per altre fattispecie ostative, che per definizione sono commesse in strutture organizzate, ma di difficile compatibilità soprattutto per alcuni i reati contro la pubblica amministrazione inseriti all' art.4bis ord. Penit. A tal fine la disposizione di cui all' art.323-bisc.p. dovrà essere riletta alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale, a tal riguardo, in seguito alle quali i benefici penitenziari potranno essere applicati all' interessato anche in caso di collaborazione "irrilevante" o "ininfluente" purché sia stata applicata al reo, la circostanza attenuante ex art.62 n.6 c.p.²²⁴ nonostante la giurisprudenza sia intervenuta molte volte con l' intenzione di limitare gli effetti draconiani della disposizione di cui all' art.4 bis ord.penit., con la recente modifica introdotta con legge 3/2019, i vecchi problemi, ma anche di nuovi, ritornano al centro del dibattito costituzionale. Sono stati analizzati molti aspetti della nuova disciplina in aperto contrasto con i principi sanciti dalla Costituzione, in particolare con riguardo al principio di uguaglianza/ragionevolezza ex art.3 cost. , sia in ordine alla finalità rieducativa della pena, sia in ordine al regime intertemporale, che alla luce di un diffuso orientamento giurisprudenziale, risulterebbe in quanto

²²⁴⁷ Un primo intervento della Corte costituzionale sull'art. 4 bis si è avuto con la sentenza 19 luglio 1994, n. 357, con la quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, primo comma, secondo periodo, "nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata". L'anno successivo, la Corte ebbe modo di pronunciarsi nuovamente sulla disposizione in commento, dichiarandone l'illegittimità costituzionale "nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dello stesso art. 4-bis, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata" (Corte cost., Sent. 11 dicembre 1995, n. 504), nonché "nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata" (Corte cost., Sent. 22 febbraio 1995, n. 68). Da ultimo, La Corte costituzionale, con sentenza 22 ottobre 2014, n. 239 (in G.U. 1a s.s. 29/10/2014, n. 45) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, comma 1, "nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge", nonché "nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti".

norma procedurale, sottoposta al principio del *tempus regit actum*, e pertanto sottratto alla garanzia dell' irretroattività della legge penale sfavorevole.

Per quanto riguarda il profilo di contrasto con il principio di eguaglianza ragionevolezza espresso dall' art.3 Cost., si riscontra principalmente nella presunzione di pericolosità ragione posta alla base della limitazione all' accesso ai benefici penitenziari e quindi si considera prevalente rispetto allo scopo, che dovrebbe invece essere preminente, della rieducazione del condannato. E' senz' altro rimessa all' ampia discrezionalità del legislatore l'individuazione di cause che possano prevedere l'osservazione in carcere prima della concessione delle misure extra murarie, proprio in ragione della presunta pericolosità del condannato, in ragione della commissione di reati particolarmente gravi, ma in ogni caso la presunzione di pericolosità deve essere ragionevolmente fondata, essendo già stato sancito dalla stessa Corte, come le presunzioni legali laddove coinvolgono un diritto fondamentale, violano il principio di eguaglianza, qualora siano arbitrarie o irrazionali, cioè se rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell' *id quod plerumque accidit*.²²⁵ Così osservato non vi è alcuna evidenza empirica capace di giustificare la presunzione di pericolosità posta alla base del regime derogatorio imposto per i reati che non presentano alcuna necessità di un forzoso ingresso nell' ambito carcerario, ai fini della previa osservazione. Queste considerazioni hanno trovato nella giurisprudenza costituzionale odierna particolare attenzione, la quale ha rimarcato l'esigenza che l' esito dello scrutinio delle ipotesi di legittimità delle ipotesi di disallineamenti tra la sospensione dell' ordine di esecuzione e della fruizione delle misure alternative alla detenzione dipende dall' adeguatezza degli indicatori che dal lato del legislatore dovrebbero opporsi all' esigenza di coerenza sistematica, fino a prevalere su di essa.²²⁶ E' proprio tale

²²⁵Così in maniera emblematica la sent., la sentenza n. 265 del 2010 in materia di misure cautelari e precautelari e Corte Cost. 24/01/2017n.17. Da ultimo, Corte Cost. 23/07/2018, intema di preclusione dell'accesso ex art.21 dell'ord. Penit. (beneficio dell'assistenza all' esterno dei figli di età non superiore a dieci anni) condannata per reato ostativo, che non abbia ancora espiauto un terzo della pena.

²²⁶Sent. Corte cost. 41/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p., riscontrando non "un mero difetto di coordinamento" bensì un difetto di ragionevolezza – e dunque una violazione dell'art. 3 Cost. – nel mancato adeguamento legislativo – del termine previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, in modo da renderlo corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato (quattro anni); mancato adeguamento operato "senza alcuna ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione

adeguatezza secondo alcuni a difettare nel caso dei reati contro la pubblica amministrazione inclusi dall' art.4bis ord.penit., nessun particolare indicatore segnala la necessità di non dare preminenza allo stesso dettato della corte Costituzionale della risocializzazione del condannato. Di qui la possibile violazione dell'art. 3 Cost. anche nella prospettiva di un'indebita compressione del principio rieducativo e del minimo sacrificio, criterio che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale.

In relazione alla finalità rieducativa della pena ex artt.3 e 27 Cost., può apprezzarsi un rimarchevole profilo di contrasto, con riferimento al principio di ragionevolezza che ne giustifica le possibili deroghe. L' accesso alle misure alternative senza previamente passare per il carcere svolge un ruolo essenziale nel processo di risocializzazione del condannato, in quanto elimina possibili dannosi risvolti desocializzanti e stigmatizzanti. La deroga a una simile scelta, significa una deroga al principio di rieducazione del condannato, che come visto in precedenza, per essere ammissibile dovrebbe essere quanto meno supportato dalla intrascurabile necessità di bilanciamento di interessi di pari rango costituzionale, nei limiti appunto del principio di ragionevolezza²²⁷. Nella scelta di ricomprendere i delitti contro la P.A. nell' alveo di più gravi delitti previsti al primo comma dell'art.4bis ord. penit., sembra difficile trovare tra gli interessi perseguiti dal legislatore, ulteriori e contrapposti alla funzione rieducativa, che non siano di carattere strettamente general preventivo e di deterrenza, che l'osservazione muraria e le relative limitazioni derivanti dall' inclusione all' art 4bis non abbiano nulla a che fare con le caratteristiche dei reati ivi citati, tanto da imporre un trattamento penitenziario peculiare. A tal riguardo la corte costituzionale in una recente pronuncia ha sottolineato il principio di non sacrificabilità della funzione rieducativa” sull' altare di ogni altra pur legittima, funzione della pena” prima fra tutte la funzione general-

della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato”.

²²⁷A tal proposito si ricorda la storia sentenza della Corte costituzionale 306/1993, nella quale la Corte ebbe modo di osservare come le censure mosse all'art. 4 bis in relazione alla violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. non potevano ritenersi fondate in quanto “tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato quella di prevenzione generale e di difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività e dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia; il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata”

preventiva, posto che seppur assolutamente legittima, questa non può operare in sede di esecuzione della pena, in modo contrario all' imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, la quale non ha certo la finalità di punire, ma di perseguire l' obiettivo ultimo di un reinserimento del condannato nella società.

Un ulteriore difetto di ragionevolezza si riscontra all' art 323 bis, si tratta di una irragionevolezza intrinseca derivante dalla condizione richiesta per poter accedere alle misure alternative. Tale norma da un lato impone una serie di attività, molte delle quali sono difficilmente attuabili ed esigibili dal condannato in stato di detenzione, come ad esempio "l'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa non venga portata a conseguenze ulteriori" e più in generale riguarda delle condotte difficilmente comprensibili al di fuori di una fase di cognizione. Inoltre come evidenziato in precedenza, le condotte richieste al condannato paiono sul piano pratico del tutto incompatibili con i reati ostativi di nuova introduzione, ossia le fattispecie corruttive, in quanto sembrano calibrate su fattispecie necessariamente plurisoggettive, ci si chiede pertanto come possano adattarsi ad esempio al peculato fattispecie monosoggettiva, o alla concussione, fattispecie plurisoggettiva impropria, nella quale l' *intranus* è l' autore e l' *extraneus* è la vittima. La collaborazione quale elemento chiave per accedere ai benefici penitenziari appare dunque di difficile attuazione, se non impossibile.

La legge 3/2019 in maniera fortemente discutibile, non ha previsto una disposizione volta a regolare la casistica destinata a verificarsi in caso di sentenza di condanna divenuta irrevocabile dopo l'entrata in vigore della nuova normativa. La questione non di poca importanza perché il richiamo dell'art.4bis ord.penit. contenuto nell' art. 656 comma 9 lett.A c.p.p. è venuta meno la possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero, nei limiti previsti al comma 5 dello stesso articolo, per coloro che abbiano riportato una condanna definitiva per uno dei delitti contro la pubblica amministrazione. Pertanto la suddetta lacuna legislativa, affida all' interprete la decisione circa il regime intertemporale applicabile ai singoli casi che risentono dell'avvicendamento normativo, con tutte le conseguenze sul piano della restrizione o meno della libertà personale. La questione non è nuova in giurisprudenza, difatti la Corte di cassazione ha già provveduto a qualificare la materia dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario come estranee alla

garanzia di cui all' art.25 secondo comma Cost. affermando per esse, salvo diversa espressa previsione, il principio del *tempus regit actum*²²⁸. Ciò comporta l'inapplicabilità del principio dell'irretroattività della disciplina sfavorevole al reo, con la conseguenza della applicazione immediata della nuova disciplina seppure peggiorativa a fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della normativa, ma successivamente all' accertamento definitivo della colpevolezza. Tale orientamento però si pone in contrasto con la recente impostazione della CEDU²²⁹, la quale ha esteso il principio di irretroattività ex art 7 CEDU alle disposizioni esecutive e processuale che incidono sul grado di afflittività della sanzione penale. In questo caso a variare sarebbe non solo la modalità di esecuzione della pena, ma la natura della stessa pena, di fatto tramutata da alternativa a detentiva, nella celeberrima pronuncia Del Rio Prada contro Spagna, ha ricordato come il principio di affidamento del consociato circa la prevedibilità della sanzione penale coinvolge non solo la pena irrogata ma anche la sua esecuzione.²³⁰ Sul piano del diritto interno si scorge una sola sentenza della Corte di Cassazione, che ha rappresentato un precedente vincolante e riconosce natura di norma processuale alle norme riguardanti l' esecuzione delle pene detentive e delle misure alternative, poiché non attengono all' accertamento del reato o alla commisurazione della pena, non hanno dunque carattere sostanziale e pertanto in assenza di specifica qualificazione ad opera del legislatore si assumono sottoposte al principio del *tempus regit actum* e sfuggono dunque dal principio di irretroattività. La Corte costituzionale ha assunto sul punto una posizione meno netta, che si evince da una pronuncia più risalente, nella quale ha

²²⁸Cass.Sezioni Unite 30/05/2006, n. 24561, Aloï

²²⁹sentenza 21 dicembre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, che – superando un precedente orientamento più restrittivo– ha dichiarato la violazione dell'art. 7 CEDU al cospetto (persino) di un mutamento giurisprudenziale con effetti peggiorativi sul regime di una misura assimilabile – in sostanza – alla “liberazione anticipata”, così assoggettando al principio di irretroattività i trattamenti esecutivi sfavorevoli; censurando il mutamento giurisprudenziale che aveva riguardato la determinazione della base per calcolare il momento della liberazione anticipata delle ipotesi di cumulo delle pene, comportando di fatto un prolungamento retroattivo della pena per la ricorrente dettato essenzialmente dall'allarme sociale destato dal reingresso in società di ex terroristi indipendentisti.

ma un approccio “antiformalistico” non distante si registra nella decisione della Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, concernente modifiche della disciplina processuale – segnatamente, lo sconto di pena connesso al rito abbreviato – “ad effetti sostanziali”, avendo incidenza diretta sulla determinazione della pena inflitta.

²³⁰“Nel caso concreto, il mutamento risultava apertamente incidente sulla durata della pena, ma il principio enunciato appare di più ampio respiro, fino a includere tutti i casi in cui la disciplina penitenziaria segni il non trascurabile discrimine tra esecuzione intramuraria e quella in libertà.” Così O. MAZZA “*la carcerazione immediata dei corrotti*” in arch. Pen. 2019,.

statuito che il principio costituzionale di irretroattività sia dettato oltre che per la pena, anche per le norme che ne regolano la esecuzione, pur non spingendosi a dichiarare l'illegittimità della applicazione immediata di una disciplina prevista da una norma esecutiva *in peius*. Bisogna però affiancare tale mancanza di posizione a un principio espresso in altre sentenze, nelle quali la Corte ha ribadito il limite generale in ordine al quale, anche in materie sottratte all'incidenza del principio di irretroattività, la vanificazione di un diritto positivamente riconosciuto da una norma precedente, non può sottrarsi a un vaglio di ragionevolezza. Un punto di contatto significativo, tra Cassazione e Corte Costituzionale è rintracciabile nell'affermazione del principio di continuità trattamentale e di non regressione del percorso penitenziario già avviato. In realtà il principio di continuità trattamentale presuppone un grado di rieducazione adeguato al beneficio concesso, e quindi tale da giustificare il mantenimento anche nella vigenza del diverso quadro normativo. Riguardo alle questioni intertemporali sorte per effetto delle modifiche all'art.4bis dalla legge "Spazzacorrotti" la Corte di cassazione ha recentemente ritenuto che "alla luce di tale approdo della giurisprudenza di Strasburgo, non parrebbe manifestatamente infondata, la prospettazione secondo la quale l'aver il legislatore cambiato in itinere le carte in tavola senza prevedere alcuna norma transitoria, presenti tratti di dubbia conformità con l'art7 CEDU, e quindi con l'art.117 cost. là dove si traduce nel passaggio "a sorpresa" e dunque non prevedibile, da una pena patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione²³¹". Occorre notare d'altronde che il legislatore in precedenti occasioni aveva introdotto delle disposizioni transitorie atte a temperare il principio di immediata applicazione, ad esempio, a seguito delle modifiche apportare allo steso articolo 4bis ord. penit. Dall'art 4 dl 13 maggio 1991 n. 152, e nell'art.4 comma 1 L.23 dicembre 2002 n. 279 che inserivano i reati di cui agli artt.600, 601,602 c.p.nell'art 4bis ord. penit. Limitandone l'applicabilità ai soli reati commessi dopo l'entrata in vigore della nuova legge.

Il principio del *tempus regit actum* si ricollega strettamente, dunque, al principio dell'affidamento processuale. Bisogna individuare il principio di affidamento processuale nella legittima aspettativa che l'agente possa fare affidamento sul

²³¹Cass. Cass., Sez. VI, 14/03/2019, n. 12541, ric. Ferraresi

rapporto intercorrente tra la sua condotta e le conseguenze sanzionatorie a essa ricollegate. Queste secondo una tesi maggiormente garantista dovrebbero essere “cristallizzate” al momento del fatto costituente il reato in caso di successive modifiche peggiorative. Se anche non si volesse accogliere tale impostazione, l’affidamento dovrebbe comunque trovare tutela anche rispetto a riferimenti temporali diversi dal *dies delicti*. Infatti il principio di affidamento si basa sull’esigenza di tutelare le strategie difensive poste in essere, sulla base di una disciplina normativa, che nella prospettiva di una analisi costi-benefici non può che investire anche le modalità di esecuzione della pena. Quindi il termine minimo di garanzia dell’affidamento non può che essere ricondotto al momento di conoscenza del procedimento a carico dell’imputato e quindi dalla conseguente definizione della strategia difensiva. L’affidamento processuale potrebbe essere inteso in effetti come principio inespreso dell’art. 25 secondo comma Cost. e definibile “nei termini di ultrattività, a tutela del singolo, di ogni norma sulla quale il singolo possa ragionevolmente, ed in relazione a specifiche situazioni concrete fare affidamento”. L’estensione analogica del disposto costituzionale a una parte di norme rientranti nel *genus* delle norme processuali dovrebbero necessariamente presupporre degli adattamenti alla regola base, ma trova notevole catalizzazione in quelle fondamentali norme di garanzia che sanciscono l’inviolabilità di certi “diritti” di rilevanza processuale, in particolare l’art. 13 Cost e 24 comma 2.²³²la corte costituzionale ha sancito in modo esplicito che fatta eccezione per la materia dove vige espressamente il principio di cui all’art 25 secondo comma Cost. al legislatore non è impedita la possibilità di emanare leggi penali retroattive sfavorevoli, le quali però come dice la Corte al pari di qualsiasi precetto normativo non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello

²³²Così anche MANESV. , in MANES V. e MAZZACUVA F. “*irretroattività e libertà personale: l’art. 25 secondo comma Cost. rompe gli argini dell’esecuzione penale*”, sistema penale 2020 “estensione “A questi profili potrebbe riconnettersi, del resto, anche una violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.), se lo stesso implica la possibilità di ponderare scelte anche in ordine all’iter processuale da seguire che non siano alterate – in violazione della fairness processuale – da una successiva modifica delle “regole del gioco”, alle spalle (e a detrimento) degli individui.”

Stato di diritto”.²³³ L’ affidamento al pari della ragionevolezza rappresenta dunque un limite per la libertà del legislatore nel prevedere norme retroattive, piuttosto che un limite all’ efficacia delle singole norme retroattive.

Appare indubbio pertanto che le modalità esecutive della pena, quando rappresentano il discrimine tra la carcerazione ed un regime comunque di libertà o di detenzione, ma al di fuori delle mura carcerarie investano direttamente il principio fondamentale della libertà fisica garantito all’ art. 13 Cost. Di conseguenza, una disciplina sopravvenuta che vieta al condannato di fruire di spazi di libertà assume una rilevanza costituzionale, che ne determina un diverso regime intertemporale e maggiormente garantista, rispetto al principio del *tempus regit actum*. L’ irretroattività della legge penale deve quindi necessariamente essere ricondotto al momento di conoscenza del processo e con l’assunzione di tutte le strategie difensive, momento che convenzionalmente potrebbe coincidere nella notifica dell’ avviso di conclusione delle indagini, o al più nell’ esercizio dell’ azione. Come già osservato, è assolutamente imprescindibile che l’ imputato al momento in cui affronta il processo deve essere assolutamente consapevole a cosa vada incontro, anche in merito alle modalità di esecuzione della pena, in quanto direttamente incidenti sul diritto fondamentale della libertà personale.

Stando al principio enunciato dalla Corte di Cassazione, la norma di cui all’ art. 4bis ord. penit. È norma processuale e come tale soggiace al principio del *tempus regit actum*. Esclusi i casi in cui la concessione delle misure alternative alla detenzione è già avvenuta al momento di entrata in vigore della novella legislativa, e per tali motivi viene mantenuta, in ossequio al principio di continuità trattamentale, per tutti i casi intervenuti dopo l’ entrata in vigore della normativa, diviene regola direttamente applicabile, il divieto di sospensione dell’ ordine di esecuzione per i reati contro la pubblica amministrazione rientranti all’ art. 4bis comma 1 ord. penit.

A questa severa applicazione del principio si sono opposte alcune pronunce giurisprudenziali. Come già evidenziato, la posizione assunta dalla Corte di Cassazione in ordine alla rilevanza della questione di illegittimità costituzionale, costruita sull’ art. 117 Cost., e sulla giurisprudenza della CEDU, quale norma interposta, ha rappresentato un’ apertura cui hanno fatto seguito una serie di

²³³Corte Cost. sent. N. 349/1985

ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale da parte del g.i.p. del Trib. Napoli, e dalla Corte d'appello di Lecce. In altri casi, come quello del Trib. Di sorveglianza di Venezia, la questione di legittimità è stata fondata su basi più ampie.

Non sono mancati dei casi di disapplicazione della novella con conseguente sospensione dell'ordine di carcerazione, sul presupposto che l'art. 4 bis ord. penit. È solo formalmente norma processuale, ma effettivamente incidente sulla natura afflittiva della pena e come tale sottoposta al principio di irretroattività della legge sfavorevole²³⁴. Sulla stessa linea si colloca la direttiva orientata della Procura Generale di Reggio Calabria²³⁵ che ha stabilito di continuare ad applicare la disciplina previgente a tutti gli ordini di esecuzione riguardanti sentenze di condanna divenute irrevocabili prima del 31 gennaio 2019, con la conseguente sospensione degli stessi.

Alla luce di quanto esposto, appare chiara la preoccupante disomogeneità applicativa, e soprattutto l'imprevedibilità delle decisioni, paradossalmente si è verificata proprio quell'incertezza stigmatizzata dalla giurisprudenza Europea anche nel campo dell'esecuzione penale. Tale situazione trae origine dall'improvvida scelta legislativa di non accompagnare una così incisiva riforma con una indispensabile norma transitoria, o meglio intertemporale singolare.

La corte di cassazione è tornata sull'argomento, pur non negando natura di norma processuale alle norme di esecuzione penale, e come tali immediatamente efficaci, ha riconosciuto nelle argomentazioni poste alla base della decisione, la centralità delle categorie di fattispecie complessa e forza espansiva ultrattiva. per quanto riguarda la prima stabilisce che il decreto di sospensione non è un atto insussistente ma è parte di una fattispecie complessa che si compone in sequenza, dell'ordine di esecuzione e della contestuale sospensione dell'esecuzione e dell'istanza di applicazione delle misure alternative alla detenzione, e la relativa decisione su di essa del tribunale di sorveglianza. Si tratta pertanto di una sequenza processuale inscindibile e necessaria che una volta aperta «produce poteri e facoltà nella sfera dell'esecutando che non possono essere unilateralmente modificati o sottratti attraverso interventi postumi, sia pur assunti in forza di quadri normativi sopravvenuti, ma privi di regole transitorie».

²³⁴G.i.p. Trib di Como 8 marzo 2019, penale contemporaneo,2019.

²³⁵Direttiva orientata Procura generale presso la Corte d' Appello di Reggio Calabria, 8 marzo 2019, Diritto penale contemporaneo 15 marzo 2019.

Le suddette facoltà, come quella di presentare istanza per le misure alternative, una volta acquisita non sarebbe più ritraibile in ossequio al principio del giusto processo a norma dell'art.111 Cost e art.6 CEDU. Nell' ambito delle posizioni processuali acquisite, il soggetto ha il tendenziale diritto al mantenimento delle posizioni legittimamente acquisite. Relativamente all' ultrattività la Corte, In punto di ultrattività, la Corte stabilisce in seguito che l'inizio della pendenza del rapporto *in executivis* a carico del singolo, rappresentato dall'ordine di carcerazione e dal decreto di sospensione, indica lo statuto normativo applicabile fino alla conclusione del sub-procedimento (ossia fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza), indipendentemente dalle modifiche normative.

La legge sopravvenuta potrà disciplinare solo gli effetti non esauriti di un atto processuale e le modifiche normative potranno applicarsi ai rapporti esecutivi pendenti. Le considerazioni della Corte, esprimono un significativo *favor rei*, pur non mettendo in discussione il fermo orientamento giurisprudenziale che riconosce alle norme di esecuzione penale, natura processuale e come tali soggette al principio del *tempus regit actum*. Tuttavia rimane incerto il regime applicabile ai procedimenti che erano già conclusi con sentenza irrevocabile di condanna.

Rimane fondamentale la parola della Corte costituzionale sul regime intertemporale della legge 3/2019, che dovrà valutare l'incidenza del principio di irretroattività in *malam partem* sulle norme di esecuzione penale.²³⁶

La pronuncia in questione, è giunta nelle more della presente trattazione.

La Corte Costituzionale, ha riconosciuto l'illegittimità della applicazione retroattiva della legge 3/2019 là dove estende alla maggior parte dei reati contro la pubblica amministrazione la preclusione delle misure alternative alla detenzione, a seguito dell'inserimento della categoria di reati citati al primo comma dell'art. 4bis ord. penit. La decisione segna un definitivo punto di rottura con il tradizionale orientamento, sinora sempre ribadito dalla Cassazione e dalla stessa Corte, secondo cui, le pene debbano essere eseguite in base alla legge in vigore al tempo dell'esecuzione della pena, e non in vigore al momento del fatto. La Corte costituzionale, secondo un'opinione diffusa in dottrina, attraverso la sentenza in

²³⁶MAZZA O. "La carcerazione immediata dei corrotti: una forzature di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore" in archivio penale, 2019.

questione segna una svolta storica nel cammino del principio di irretroattività, doverosamente esteso all'ordinamento penitenziario, ogni volta che l'innovazione normativa, ricada in maniera gravosa sulle sorti del detenuto in termini di libertà. Rappresenterebbe una svolta coraggiosa, poiché ha il coraggio di penetrare nei sobborghi rimossi dell'esecuzione, tradizionalmente considerato quasi uno *ius exceptum* e come tale sottratto al principio dell'art. 25 secondo comma Cost. seguendo una argomentazione che si muove tra la tutela della prevedibilità della pena e l'affermazione delle ragioni dello Stato di diritto.²³⁷

Quanto ai contenuti la sentenza, ripropone, dando risalto agli approdi giurisprudenziali europei, per insediarle, non nell'art. 117 Cost. in quanto parametro interposto, come ipotizzato da parte della dottrina, ma direttamente in relazione all'art. 25 comma 2 Cost. a riprova della valenza ermeneutica del dialogo tra le Alte corti. La corte dopo l'*excursus* comparatistico, giunge a evidenziare il duplice profilo di garanzia offerto dall'art. 25 secondo comma Cost., l'uno diretto alla protezione del singolo, di fronte ad arbitrii dello *ius puniendi*, e a mutamenti legislativi imprevedibili.

Dall'altro come condizione epistemica dello stato di diritto, riconosciuta sin dal preambolo della Convenzione EDU e dalla stessa dichiarazione universale dei diritti dell'uomo- sull'idea di prevalenza del diritto e sulla soggezione ad esso del potere e della volontà del legislatore, che indica il valore della certezza giuridica in senso oggettivo. Il limite assume carattere generale e trasversale a ogni interferenza con i diritti fondamentali, affermandosi non solo come un programma politico costituzionale, ma come "vincolo" giuridico costituzionale.

A fronte della natura poliedrica della problematica sottoposta alla Corte, la stessa non limita il giudizio di incostituzionalità limitandosi a prendere in esame l'art. 25 secondo comma Cost., ma si ravvisano profili di contrasto, sempre grazie a indicazioni comparatiste, anche in relazione all'art. 24 Cost., che data l'importanza, non sembra di possibile assorbimento dalla violazione dotata di maggiore forza espansiva dell'art. 25 II comma Cost. l'effettività del diritto di difesa si ricollega direttamente alla preminenza del diritto e alla certezza giuridica, che rappresentano gli architravi dello Stato di diritto, rappresentando la principale proiezione

²³⁷Così MANES V. e MAZZACUVA F. in "*irretroattività e libertà personale*" cit. pag. 168

soggettiva, dove l'affidamento dei consociati è fondamento del giusto processo e al contempo limite per il legislatore ad agire retroattivamente. E' evidente che un ordinamento giuridico che permetta di "cambiare le carte in tavola" nel corso del procedimento a discapito dell'interesse degli individui non consentirebbe una libera scelta d'azione e quindi neanche garantirebbe il diritto di difesa, inteso come diritto a scegliere la strategia difensiva maggiormente conveniente e opportuna, sulla base delle norme vigenti. In effetti, come osservato dalla corte, il soggetto che sceglie il patteggiamento o il rito abbreviato, lo fa prendendo di mira, le conseguenze in termini di effetti sul trattamento sanzionatorio, e dunque ogni variazione in corsa della normativa in maniera retroattiva, tradisce l'accordo pattuito tra cittadino e Stato, tradendo in questo modo anche il diritto di difesa.

Occorre considerare che la retroattività della norma maggiormente afflittiva, una volta conclusa la fase di cognizione e di commisurazione della pena, mortificherebbe anche il principio di proporzionalità della pena di cui all' art.27 terzo comma Cost e il libero apprezzamento del giudice.

Il fulcro della decisione attiene al momento in cui la Corte, nell' intenzione di regolare i confini riconosciuti alla disciplina esecutiva, pur non rinnegando integralmente l'orientamento tradizionale, che le qualifica come norme processuali e come tali sfuggenti al regime ex art 25 comma 2 cost, giunge ad analizzare la natura delle norme considerate e l'incidenza sulla libertà individuale. La natura intramuraria o extramuraria della sanzione penale, comporta una differenza radicale sul diritto fondamentale della libertà personale, differenza qualitativa piuttosto che quantitativa. Sulla base di tali considerazioni la Corte procede a enucleare gli istituti subordinati al principio di irretroattività in *malam partem* delle modifiche normative successive alla commissione del fatto. Sotto questo aspetto distingue dalle misure premiali, come il lavoro all' esterno e i permessi premio, le cui modifiche potrebbero avere effetti retroattivi anche se sfavorevoli, giustificato dal fatto che seppur incidenti sul grado di afflittività della pena, tuttavia non comporta una trasformazione della natura della stessa, la quale rimarrebbe comunque caratterizzata da una dimensione intramuraria. Nel caso delle misure alternative alla detenzione, in particolare in riferimento alla sospensione dell'ordine di esecuzione, il divieto di cui all' art. 4bis. Ord. penit. La corte costituzionale, pur se già ha riconosciuto l'irretroattività dello stesso articolo a

fatti commessi prima dell'entrata in vigore della L.3/2019, interviene in maniera esplicita sull' art. 656 comma 9 c.p.p. per risolvere il problema in termini generali. La corte afferma come la collocazione topografica della disposizione, non può mai essere decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile. Tale principio non può valere per le norme processuali che intaccano direttamente la quantità e la qualità della pena applicabile in concreto al condannato.

Restano tuttavia irrisolti alcuni dubbi circa la ragionevolezza intrinseca della scelta del legislatore di estendere il catalogo dei reati presupposto di cui all' art. 4bis ord. penit. ai reati contro la pubblica amministrazione, la quale restituisce un catalogo privo ormai di qualsiasi coerenza logica. Tali dubbi sono affiorati sia in sede di legittimità, sia in un'ordinanza della Corte di cassazione, lamentando la lesione degli art. 3 e 27 Cost. da un lato denunciando la irragionevolezza della presunzione di pericolosità, e dall' altro irragionevolezza del presupposto, che dovrebbe consentire di tornare a un regime ordinario, ossia la collaborazione con l'autorità giudiziaria ex art 58 ter ord. penit. e 323-bisc.p. la Corte costituzionale nell' intenzione di preservare coerenza sistematica ha ritenuto di tenere distinto tale aspetto dal regime intertemporale.

Appare opportuno procedere a una riflessione sulle presunzioni legali di pericolosità e il loro riflesso sulla finalità rieducativa della pena. La Corte costituzionale, in pronunce precedenti aveva già sottolineato come queste, quando limitano un diritto fondamentale della persona, violino il principio di eguaglianza, se basate su valutazioni irrazionali o arbitrarie, cioè se non rispondono a formulazioni empiriche o generalizzate, ovvero basate sul principio *dell'id quod plerumque accidit*. Lo scrutinio di ragionevolezza si può superare solamente se empiricamente fondate, suffragate da dati di esperienza generalizzati che possano debitamente giustificare la scelta legislativa presuntiva, e dunque la compressione del diritto fondamentale interposto. Dato che le presunzioni legali nel caso concreto comportano la limitazione all' accesso ai vari istituti, benefici e misure alternative, a scapito del principio fondamentale cui deve tendere la pena, la risocializzazione del condannato, la scelta legislativa che impedisce l'accesso a tali istituti in senso deteriore o che

determina un regime peggiorativo, viene a confliggere con il principio costituzionale di cui all' art. 27 comma terzo Cost.

Nella prospettiva di un bilanciamento con il valore della funzione rieducativa della pena, la giurisprudenza della Corte pone delle indicazioni di merito e metodo. Pur non negando che in linea generale ogni principio è di possibile compressione nei limiti della ragionevolezza, si ricorda come la sentenza 149/2018 ha espressamente sancito la non sacrificabilità del principio di rieducazione “sull’ altare di ogni altra pur legittima funzione della pena”, nella specie si fa dunque riferimento al principio di prevenzione generale, o più in particolare a istanze ad essa riconducibili, discendenti dalla particolare gravità del reato commesso dalla necessità di dare un segnale forte di deterrenza alla generalità dei consociati. Alla luce di queste osservazioni, è difficile rintracciare nella scelta del legislatore di inserire i reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo dell’art. 4 bis ord.penit. essendo impossibile trovare altre ragioni se non quelle di carattere general preventivo o più schiettamente, come parte della dottrina sostiene, di cieco furore punitivo, emergendo con chiarezza l’assenza di ogni giustificazione alle limitazioni sopra esposte e all’ obbligatorietà dell’osservazione intramuraria, derivante dalle peculiarità strutturali del reato o dal tipo di autore. Difatti scandagliando il profilo criminologico delle varie fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione si avverte un deficit di ragionevolezza, nessuno dei reati contro la P.A. introdotti nell’ art. 4 bis sembra rimandare per le peculiarità strutturali del reato o del tipo di autore o dal contesto ambientale di provenienza, alla necessità, valutata su base empirica, di un percorso immediatamente e obbligatoriamente custodiale e tantomeno un ritorno al normale regime sanzionatorio vincolato ad un utile collaborazione.

Sotto il profilo della collaborazione con l’autorità giudiziaria, quale fondamentale adempimento cui sono subordinate la cessazione delle vessatorie limitazioni all’ accesso ai benefici penitenziari e misure alternative, ci si chiede se si possa ritenere legittima la pretesa della collaborazione sotto minaccia di preclusione di benefici penitenziari e misure alternative. In senso critico parte della dottrina sostiene che la pretesa di una collaborazione non può essere sorretta da tecniche sanzionatorie. Con riguardo a fatti, anche gravissimi, il reo mantiene un autonomo diritto di parola e di silenzio, riconoscibili a chiunque, non in base al diritto di difesa, ma come diritto

umano. Si tratta di un diritto alla libertà che l' 'essere stato condannato per uno dei delitti di cui all' art. 4bis ord. penit. non fa venir meno; la collaborazione con la giustizia può essere premiata ma la mancata collaborazione non può essere sanzionata con una perdita di diritti e quindi con sacrificio dei percorsi volti alla risocializzazione²³⁸. Questa può essere valutata per un giudizio di persistenza della partecipazione a un'organizzazione criminali, ma non per una presunzione assoluta di pericolosità.

La mancanza di ragionevolezza diviene più profonda soprattutto riguardo ai delitti di peculato e concussione, reati monosoggettivi non caratterizzati da modalità violente o tali da presupporre un contesto di criminalità organizzata, dove la collaborazione con la giustizia, tesa a smantellare la presunzione di pericolosità e quindi garantire l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, diviene piuttosto una confessione *post crimen patratum*. Neppure le altre fattispecie corruttive sembrano potersi inserire nel meccanismo dell'art. 4 bis ord. penit. posto che le stesse possano comunque rientrare ai sensi del d.lgs. 159/2011 là dove commesse in forma associativa, nell' art. 416bis. La Corte Costituzionale, nella sentenza succitata²³⁹ ha chiaramente ammesso la scarsa ragionevolezza intrinseca del catalogo dei reati presupposto dell'art.4bis ord. penit., nel quale a seguito della novella legislativa, oltre a fattispecie tipicamente espressive di forme di criminalità organizzata, trovano spazio anche fattispecie che non hanno nulla a che fare con tale criminalità, ovvero che hanno natura monosoggettiva.

²³⁸Così PULITANO' D. "*problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e dei diritti della persona*" diritto penale uomo 23/10/2019, fascicolo 10/2019. Giungeva a simili conclusioni anche in "*Tempeste sul penale, spazzacorrotti e altro*" in archivio penale, fasc. 3/2019. "una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati. Sulla struttura del sistema 4-bis può porsi l'interrogativo se sia legittima la drastica restrizione dell'accesso a benefici e misure alternative, collegata alla pretesa di una collaborazione post condanna"

Nello stesso senso, MANES V. in MANES V. e MAZZACUVA F. in "*irretroattività e libertà personale*" cit. pag.168

²³⁹Corte Cost. 253/2019 "nella disposizione in esame, accanto ai reati tipicamente espressivi di forme di criminalità organizzata, compaiono ora, tra gli altri, anche reati che non hanno necessariamente a che fare con tale criminalità, ovvero che hanno natura mono-soggettiva"

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con il presente elaborato si è tentato di ricostruire il tormentato iter della legislazione anticorruzione, a partire dalla legge L.190/2012, che ha rappresentato un cambiamento radicale nel nostro Paese, nella suddetta materia.

Da tale momento la prevenzione amministrativa è divenuta, accanto alla repressione, un mezzo di cooperazione nel contrasto alla corruzione, delineando un sistema integrato. La legge ha innovato profondamente vaste aree del diritto penale, nuovi reati, fattispecie più ampie, pene più severe: si pensi allo sdoppiamento della fattispecie di concussione e la creazione di una nuova fattispecie, l'induzione indebita a dare o promettere utilità che introduce per la prima volta, la punibilità del privato vittima di concussione, qualora sia meramente indotto al pagamento dell'indebito tramite una condotta abusiva del pubblico agente. In tal senso si dà vita a un minisistema di incriminazioni limitrofe, frammentazione normativa chiaramente contraria a quanto invece prospettato nel Progetto di Cernobbio, nel quale si auspicava la creazione di un'unica fattispecie.

Ne risulta una complicazione applicativa di non poco conto.

L'inasprimento sanzionatorio è funzionale a due scopi: per quanto riguarda i minimi edittali, limitare la concessione delle misure alternative e rendere meno agevole la fruibilità della sospensione condizionale, mentre, in relazione all'aumento dei massimi edittali, si rinviene una funzionalità volta ad evitare il sopraggiungere della prescrizione, alla luce delle difficoltà rimaste irrisolte in merito all'individuazione del momento consumativo dei reati di corruzione.

Il legislatore ha inoltre provveduto a sostituire integralmente il previgente art.318 c.p. con una nuova disposizione intitolata "Corruzione per l'esercizio della funzione", nella quale la fattispecie tipica omette di subordinare la configurabilità del reato al riferimento ad un atto di ufficio determinato o determinabile, imperniandosi sull'esercizio delle funzioni e dei poteri. Ne risulta la rottura definitiva del sistema binario, in riferimento all'atto di ufficio, la corruzione impropria ex art.318 c.p. qualora l'atto di ufficio sia legittimo, ovvero illegittimo nella corruzione impropria ex art.319 c.p.

La causa della rottura si rinviene nel passaggio dalla corruzione mercantile, sulla quale risultava modellata la tutela offerta dal codice Rocco, a forme di corruzione cosiddetta “sistemica”, fenomenologia criminosa che prescinde dalla compravendita dell’atto di ufficio. Le conseguenze si rinvergono sul piano sanzionatorio: ciò che lascia perplessi è che il legislatore abbia considerato oggettivamente meno grave la corruzione della funzione rispetto alla corruzione propria, soltanto perché manca il riferimento ad un determinato atto illegittimo dell’ufficio, quale oggetto del *pactum sceleris*.

La successiva Legge 69/2015, sulla spinta propulsiva delle note vicende di cronaca, interviene a irrobustire il sistema così delineato, operando un significativo aumento delle pene e reinserendo tra i soggetti attivi del delitto di concussione, gli incaricati di pubblico servizio, che la precedente legge aveva eliminato, con il rischio paventato in dottrina che si generasse un vuoto normativo inaccettabile. Al tempo stesso la giurisprudenza aveva ovviato il problema, ritenendo comunque la punibilità dell’incaricato di pubblico servizio, non a titolo di concussione bensì estorsione aggravata, senza considerare che tale soluzione avrebbe potuto punire in maniera irragionevole più gravemente l’incaricato di pubblico servizio, rispetto al pubblico ufficiale, per condotte connotate dal medesimo disvalore. A quello che è stato definito il “bastone”, consistente nel notevole incremento sanzionatorio e nella introduzione di congegni volti a recuperare l’*utilitas* derivante dal reato, si accompagna la “carota” con la previsione di una nuova circostanza attenuante speciale che mira ad incentivare la cooperazione del reo in sede processuale.

Tra i provvedimenti più repressivi in materia non può non annoverarsi, la L.300/2000 alla quale si deve la criminalizzazione della corruzione internazionale e la configurabilità della confisca per i reati contro la pubblica amministrazione: innovazioni attuative dettate da precisi obblighi sovranazionali, sulla scia dei quali la legge conferisce la delega al governo per l’emanazione del d.lgs. 231/2001, che segna il definitivo collasso del dogma “*societas delinquere non potest*”.

Sul piano processuale, la *vis* innovativa non è stata da meno, come si evince dal potenziamento degli strumenti investigativi, intercettazioni e captatore informatico impiegati profusamente ai fini dell’accertamento dei reati di corruzione.

Con questo veloce excursus, si vuole dimostrare come già in tempi antecedenti alla più recente riforma, fosse già presente nel legislatore la concezione che un sistema votato alla repressione potesse risolvere la crisi di effettività. Si afferma così uno statuto penale della pubblica amministrazione connotato da ampie deroghe rispetto ai canoni generali, ispirato a logiche di estrema deterrenza e massima efficienza della risposta punitiva.

La più recente normativa anticorruzione, tesa a rispondere alle spinte riformatrici provenienti dalla comunità internazionale, sembra caratterizzarsi nel suo intenso percorso evolutivo, si pensi alle leggi n.190/2012, 69/2015 e da ultimo la L. 3/2019, in obblighi di tutela penale imposti, attraverso strumenti convenzionali e di soft law, che dettano a cadenze regolari ed incessanti le relative riforme tese a combattere energicamente la corruzione. Si è venuto a creare in tal modo, un diritto penale multilivello che porta con sé inevitabili frizioni con il sistema costituzionale interno.

La spinta innovativa di matrice sovranazionale è stata chiamata a confrontarsi con dubbie concretizzazioni democratiche di tendenza autoritarie, che come diretta attuazione di forme di populismo penale, ha decretato il definitivo allontanarsi dal diritto penale come paradigma liberale e costituzionalmente orientato, a diritto penale volto ad esprimere tecniche di tutela sussidiarie, frutto di scelte non contingenti e di compromesso, assume un valore simbolico- espressivo, emozionale rispetto ai problemi trattati. La legge “Spazzacorrotti” risulta risentire fortemente di questo approccio irrazionale sotto molteplici aspetti. A partire dal tenore letterale, parlare di corrotti con l’intento di spazzarli via rimanda a un diritto penale del nemico, rischia in questo modo di tradire la vera missione del diritto penale, di stabilizzazione e pacificazione della società.

Lungi dal negare la diffusione di pratiche corruttive, di ancora impossibile quantificazione reale, tuttavia non si può giustificare la caccia ai corrotti.

Sulla base di tale premessa è possibile scorgere nella vigente normativa, fattispecie senza tipicità e continui inasprimenti sanzionatori, che senza l’osservanza dei principi di colpevolezza e proporzione evidenziano un recupero di razionalità indiretta soltanto al fine di rendere funzionale la disciplina delle indagini nella fase preprocessuale e serventi alla fase processuale. Alla detta premessa si può aggiungere la constatazione che l’opinione pubblica non accetta la ragionevolezza

del garantismo, auspica una giustizia accelerata quasi sommaria, a discapito del diritto di difesa dell'indiziato. Questa tecnica legislativa, ispirata al rigorismo porta con sé una visione limitata della funzione della pena, proiettata al raggiungimento di un risultato intimidativo-deterrente, trascurando l'aspetto positivo della prevenzione generale. Ne costituisce prova la perpetuità delle pene accessorie, le quali si pongono in contrasto con la progressività e la flessibilità del trattamento, requisiti essenziali della rieducazione.

L'inasprimento sanzionatorio non pare idoneo ad infondere nei destinatari una astensione dal commettere il reato, ma solamente a disorientarlo nel processo rieducativo, avvertendo il surplus di pena come un sopruso; essendo al contrario, fondamentale in termini di effettività, non l'elevata afflittività della pena, quanto la certezza e la prontezza nell'inflizione.

Non è messo in discussione il fatto che per rispondere efficacemente alle pratiche corruttive sia necessario il momento repressivo, ma si nega la possibilità di sganciarlo dal principio di legalità, della tutela dei diritti fondamentali, dalla presunzione di non colpevolezza. Sul punto occorre osservare la riforma della prescrizione, di cui la legge Spazzacorrotti ne vieta la operatività dopo il primo grado di giudizio; in tal modo si ignora la natura dell'istituto quale diritto dell'imputato, a non trovarsi imbrigliato *sine die* nella gogna del processo.

Il processo diviene la sede dove si esplica la deterrenza ed assume una funzione dissuasiva. La conferma si rinviene nella aggressività delle indagini, attraverso l'uso del captatore informatico, anche nel domicilio a prescindere dalla contestualità di tempo e di luogo dell'attività criminosa, sulla base di una presunta equipollenza i fenomeni di criminalità organizzata e i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, frutto della legislazione emergenziale. Si inserisce prepotente una disciplina eccezionale, che si caratterizza per i presupposti applicativi meno stringenti rispetto a quelli ordinari previsti per i reati "comuni". Tale disciplina trova spazio nel momento investigativo e probatorio, si pensi all'estensione delle operazioni sotto copertura per i reati contro la pubblica amministrazione, spesso a base monosoggettiva, attività non scevra dal rischio che possa tradursi in condotte di istigazione o provocazione, dando il messaggio che non possa altrimenti emergere il patto corruttivo e genera ancora più incertezza rispetto al limite operativo

dell'agente sotto copertura affinché non si sfoci nella provocazione dell'agente infiltrato.

L'indebita assimilazione tra corrotto e mafioso, dapprima insediatasi in riferimento alla prevenzione patrimoniale, oggi pare a tutto tondo, dalla fase di indagini preliminari fino alla fase esecutiva. Emblematico risulta l'inserimento nel catalogo dei reati ostativi di cui all'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario dei reati contro la pubblica amministrazione, portando ad un diniego di accesso ai benefici penitenziari, il cui divieto opererebbe solamente sulla base della mancata collaborazione processuale. Sul piano sostanziale, trova compimento nella nuova fattispecie di matrice premiale, improntata al pentitismo e volta a spezzare il legame omertoso tra corrotto e corruttore.

Analogo disegno è stato attuato per i soggetti collettivi, ove la ricerca di una straordinaria severità dell'apparato sanzionatorio si rivela nell'indurimento delle sanzioni interdittive irrogabili ai sensi del d.lgs.231/2001. Tale intervento snatura il sistema approntato da tale decreto legislativo, imperniato su due elementi: il primo riguarda la natura preventiva realizzata attraverso la minaccia di una pena pecuniaria obbligatoria e la sanzione interdittiva solamente eventuale, in casi di deficit organizzativo in grado di agevolare o persino promuovere l'attività criminosa. Il secondo, riguarda invece la reintegrazione *ex post*, consistente nella riorganizzazione e riparazione, stimolata dalla legge attraverso cospicui sconti sanzionatori, giustificati dalla controazione a sfondo riparativo del reo.

Le funzioni di questo apparato sanzionatorio sono chiare, e, salvo i casi di eccezionale gravità, la priorità legislativa non è distruggere l'attività di impresa, ma quello di creare un efficiente sistema preventivo che possa arginare il rischio reato, e laddove questo si verifici, riportare l'ente alla legalità.

Solamente di fronte a situazioni particolarmente gravi che rivelino una forma di impresa particolarmente rischiosa, la legge riconosce la possibilità di infliggere sanzioni interdittive.

A fronte di questa impostazione legislativa, l'intervento della Spazzacorrotti pare fuori contesto.

Si segnala l'incongruenza di punire più gravemente i reati di corruzione, rispetto ad altri particolarmente gravi, alterando in questo modo gli equilibri sanzionatori.

La legge inserisce una nuova fattispecie premiale per le condotte di collaborazione *post-delictum*, dapprima del tutto assente. Si tratta dell'estensione dell'art. 323-bis c.p. previsto per le persone fisiche, che promette il ritorno al quadro sanzionatorio ante riforma, qualora l'ente si impegni prima della sentenza di primo grado a porre in essere una serie di condotte collaborative e riparatorie. La scarsa sistematicità della riforma si riflette anche su questo punto: le condizioni richieste per accedervi sono ben più gravose di quelle previste all'art. 17 d.lgs. 231/2001, il quale promette inoltre un vantaggio ben più allettante, l'inapplicabilità delle misure interdittive, motivo per cui si può già presumere una scarsa applicazione nel concreto.

Infine, vi è l'ampliamento del catalogo dei reati presupposto, allo scopo di risolvere un ulteriore elemento di discrasia rispetto al disposto della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, nel quale si prevedeva l'obbligo in capo ai firmatari, di predisporre una responsabilità delle persone giuridiche per il traffico di influenze illecite. Le ricadute sulla responsabilità corporativa, derivante dall'assorbimento della fattispecie di millantato credito, appaiono poco convincenti, specialmente in merito alla possibilità di riconoscere un qualche vantaggio per la *societas*, derivante dalla semplice millanteria, che *ex definitione* è incapace di influenzare le decisioni dell'agente pubblico, considerata la natura fittizia delle relazioni vantate. Si tratterebbe in questo modo di fare leva su un'interpretazione marcatamente soggettivistica del requisito del vantaggio o dell'interesse, basato esclusivamente sul muovente psicologico del soggetto incardinato nella struttura dell'ente.

In definitiva pare essersi consolidato a livello legislativo e nella prassi, un'abitudine emergenziale dalle origini oramai risalenti nel tempo, che trova oggi riscontro non solo nella lotta contro gravi e diffuse forme di criminalità, dei colletti bianchi ed organizzata, ma anche in molti altri comparti del diritto penale, compresa la repressione della corruzione, generando preoccupazione per la preservazione delle garanzie individuali. L'amplificazione dell'intervento penale è stata la conseguenza della diffusione di pratiche corruttive dotate di una capacità di penetrazione nel territorio e nelle istituzioni in un trend in perenne ascesa. Tutto ciò ha fatto sì che

l'intervento penale diventasse, la forma principale se non l'unica, di repressione Statuale del fenomeno.

Un supporto a tale visione si può scorgere nell'ipertrofia della legislazione penale, espressiva di uno sbilanciamento dei poteri istituzionali, in particolare l'equilibrio tra potere esecutivo e potere legislativo. Malgrado l'iperproduzione di testi normativi, il parlamento non ha di fatto accresciuto i suoi poteri, anzi risulta umiliato dalla pratica della decretazione d'urgenza da parte del potere esecutivo.

Sullo sfondo sembra affermarsi, un utilizzo politico del diritto penale, come già anticipato da Hermann Heller, l'illustre giurista dello stato sociale di diritto, che teorizzò con grande lucidità l'inseparabilità del diritto dalla politica, affermando che il diritto trova la sua legittimazione unicamente nella completa rispondenza alle istanze della politica.

Al riguardo si segnala come tale influenza appare fortissima anche nell'ambito del diritto penale, ove si avverte la tendenza di questo ad incidere direttamente sui diritti fondamentali, come la libertà e la personalità.

In modo analogo l'influenza politica si riflette in sede di accertamento del reato, ossia il processo penale, il quale rispecchia in modo fedele la qualità politica del rapporto tra individuo e autorità.

Sarebbe auspicabile, pertanto che ai fini del rispetto delle garanzie costituzionali, sempre perseguite dal diritto penale e dal processo, soluzioni normative caratterizzate da maggiore chiarezza, semplicità e funzionale coordinamento dei testi.

Bibliografia

ALDOVRANDI P. “Commento all'art. 4 (Reati commessi all'estero).” In A. Cadoppi, G. Garuti, & P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato* Torino, 2010 UTET.

ALESSANDRI A. “Attività d’impresa e responsabilità penali”, *Riv. Italiana di diritto e procedura penale*, 2005.

AMATO G. “La non punibilità per fatto lieve non si estende all’ente” in rivista 231 fasc. 2/2019.

AMATO G. “Infiltrato a caccia di riscontri e prove senza “provocazioni”, guida al diritto, sole24ore, 2 febbraio 2019 n.7

AMATO G. “Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell’ente”, in rivista 231, fasc. 1/2019.

BARTOLI R.-PAPA M. “Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto tra diritto vivente e prospettive di riforma”, Giappichelli, Torino, 2018.

BIANCHI A. “Il perimetro della pubblica Amministrazione e la politica anti-corruzione”, Scuola superiore di Magistratura “Strategie di contrasto alla corruzione” corso del 28 aprile 2015.

BIANCHI D. “Lo strano caso dell’art. 322-quater c.p.tra statica e dinamica dei paradigmi sanzionatori” in riv. Cassazione penale fasc.12/ 2019

BONSEGNA M. “I pesanti effetti della Spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”, in rivista 231.

CAIAZZA D. “Spazzacorrotti: un dna segnato da giustizialismo”, in guida al diritto sole24ore, fasc.11/2019.

CAMALDO L. “Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico”, in *Sistema penale* 2019.

CAMON A., “Disegno di legge Spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura,” in *Arch. pen.*, n. 3/2018.

CANTONE “Ddl Bonafede rischi e opportunità per la lotta alla corruzione”, in [www. Giurisprudenzapenale.it](http://www.Giurisprudenzapenale.it)

CANTONE R. “Il contrasto alla corruzione, il modello italiano” in diritto penale contemporaneo, 2 ottobre 2018

CANTONE R., MILONE F. “Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite”, in diritto penale contemporaneo, 3 dicembre 2018.

CANTONE R. / CARLONI E. “La percezione della corruzione e politiche anti corruzione”, in diritto penale contemporaneo, 18 febbraio 2019.

CAPUTO M. “Contro la corruzione internazionale una tutela penale senza più...”riserve”” in IASEVOLI (a cura di) “La c.d. legge Spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale”, Bari, 2019.

CARMONA A. “Premesse a un corso di diritto penale dell’economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità”, Padova, 2002, 204

CATTADORI M. “L’adozione del modello da facoltà a obbligo”, in diritto penale contemporaneo, 2010

CAVALIERE A “Le norme in materia di prescrizione” in IASEVOLI (a cura di) “La c.d. legge Spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale”, Bari, 2019

CHILOSI M. “La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente?”, in diritto penale contemporaneo, Fasc. 10/2017.

CINGARI F. “La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma”, in diritto penale contemporaneo, rivista trimestrale 1/2012.

CINGARI F. “Repressione e prevenzione della corruzione pubblica verso un modello di contrasto integrato”, Torino, 2012.

CINGARI F.” Sull’ ennesima riforma del sistema penale anticorruzione”, in legislazione penale, 2019.

CISTERNA A “Interdizione e denaro percepito a rischio tenuta”, guida al diritto, n7/2019.

CORSO P. “Responsabilità dell’ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto”, in IPSOA quotidiano online.

D.MONCALVO” Tra il nuovo reato di traffico di influenze illecite ed i possibili impatti sul sistema 231”, in discrimen.

D’AVIRRO M. “La legge 3/2019 e le novità in tema di responsabilità da reato degli enti”, in discrimen, 29 aprile 2019.

DOLCINI E. “La pena ai tempi del diritto penale illiberale”, in diritto penale contemporaneo, 22 maggio 2019.

DOMENICONI G. “Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla l. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”, in Diritto penale contemporaneo, 21 gennaio 2016.

FLICK G.M. “Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione” in Diritto penale contemporaneo, 6 luglio 2014.

FRAGASSO B. “L’estensione delle operazioni sottocopertura ai delitti contro la pubblica amministrazione dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle corti americane un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca”, in Diritto Penale Contemporaneo, 2019.

FUSCO, FRAGASSO B. “Dalla Legge “Severino” alla legge cd. Spazzacorrotti, tra prevenzione e repressione, il legislatore amplia gli strumenti investigativi di contrasto alla corruzione, importando esperienze da altri ordinamenti (undercover e whistleblowing) rendendo applicabili le indagini con captatore informativo, rafforzando il sistema 231”, in Rivista 231, fasc.4/2019.

GAMBARDELLA M. “Considerazioni sull’inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) nel disegno di legge Bonafede”, in Cassazione penale, fasc.11/2018.

GAMBARDELLA M. “Dall’ atto alla funzione pubblica la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”, in archivio penale, gennaio- aprile 2013 fascicolo 1.

GAMBARDELLA M., “Il grande assente nella legge Spazzacorrotti:”il microsistema delle fattispecie di corruzione” in Cassazione penale n. 1/2019

GATTA G.L. “Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione, in diritto penale contemporaneo, 21 gennaio 2019.

GIUNTA F. -MICHELETTI D. “Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo” Giappichelli, Torino, 2003.

GROSSO C. F.,” Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale” in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), “La legge anticorruzione. Prevenzione e Repressione della corruzione”, Torino,2013.”

GUERRINI T. “Diritto penale ed enti collettivi l’estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione, e governo dell’economia”, Giappichelli , Torino, 2018

IELO P. “L’agente sottocopertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazione attive e passive”, in diritto penale contemporaneo, 5 marzo 2019.

LO CURTO C. “Prevenzione e contrasto della corruzione: le novità introdotte con legge cd. Spazzacorrotti, in rivista 231, fasc. 4/2019.

LUDOVICI L. “Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge Spazzacorrotti”, in diritto penale e processo, fasc.6/2019.

MAIELLO N.M. “L’abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza della riforma”, in Archivio penale, 2019n.1.

MANACORDA S.” Corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell’indagine penalistica”, Jovene, 1999.

MANACORDA S.” Noli me tangere? Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale” §6 in “il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto- tra diritto vivente e prospettive di riforma.” Torino, 2018

MANES e MAZZACUVA in “irretroattività e libertà personale: l’art. 25 secondo comma Cost. rompe gli argini dell’esecuzione penale”, in sistema penale 2020.

MANES V. “Diritto penale no- limits”, in www.questionegiustizia.it,

MANES V. “L’estensione dell’art 4- bis ai delitti contro la pubblica amministrazione: profili di illegittimità Costituzionale “, in diritto penale contemporaneo. Fasc. 2/2019

MASULLO M.N. “L’emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi” in rivista italiana diritto e procedura penale” fasc. 3/ 2019.

MAZZA O. “La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore” in archivio penale, 2019.

MAZZACUVA F. “Le pene nascoste”, Giappichelli, Torino, 2017.

MILONE A. CANTONE / R. “Verso la riforma del traffico di influenze illecite”, in diritto penale contemporaneo, 2018.

MILONE A./ CANTONE R. “Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all’ art 323-terc.p.” in diritto penale contemporaneo, fasc. 6/2019.

MONCALVO D. “Legge 9 gennaio 2019 n. 3: una riforma controversa Tra il nuovo reato di traffico di influenze illecite ed i possibili impatti sul sistema 231 “, in discrimen.

MONGILLO V. “La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale effetti potenzialità e limiti di un diritto penale multi livello dello stato-nazione alla globalizzazione” Napoli, 2012 capo II pagg. 290-342.

MONGILLO V. “La legge Spazzacorrotti: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione” in diritto penale contemporaneo, fasc. n. 5/2019

MONGILLO V. “Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla Legge 69/2015”, in diritto penale contemporaneo, 2015.

MONGILLO V. “Il delitto di traffico di influenze illecite dalla “Legge “Severino” ” alla “Spazzacorrotti” nodi irrisolti problemi nuovi” in IASEVOLI (a cura di) “la cd. Spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale”, Bari, 2019.

MONGILLO V. “Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive”, in diritto penale contemporaneo fasc. 1/2019.

MONTANARI M. “Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle autorità internazionali: le valutazioni del GRECO e del WGB”, in diritto penale contemporaneo.

MUCCIARELLI F. “La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione”, in *discrimen*, 2019.

PADOVANI T. “La Spazzacorrotti - riforma delle illusioni, illusioni della riforma”, *archivio penale*, Fasc.3 settembre-dicembre 2018.

PALAZZO F.C. “Corso di diritto penale”, Torino, 2018.

PALAZZO F.C. “Profili criminologici e disciplina legislativa della corruzione in Italia” Pubblicato in *Delitos contra la Administración Pública*, a cura di Francisco R.Heydegger/Jhuliana C. Atahuamán P., 2013, IDEMSA/Centro de Estudios Penales

PALIERO C.E. “La società punita: del come, del perché, e del per cosa”, in *Riv. italiana diritto e procedura penale*, 2008.

PAOLOZZI G. “Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato,” Torino 2005.

PATRONI GRIFFI F. “battere la corruzione una sfida impossibile?” Intervento alla tavola rotonda della Scuola Superiore della Magistratura – Scandicci – 29 aprile 2015.

PELLISSERO M. “le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria”, in *quotidiano giuridico*, 11 settembre 2018.

PIERGALLINI C. “Responsabilità da reato degli enti collettivi”, in rivista diritto penale e processo, fasc. 6/2019.

PIGNATONE G. “Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive”, in diritto penale contemporaneo.

PRETE F. “Prime riflessioni sul traffico di influenze illecite art. 346-bis c.p.”, in diritto penale contemporaneo, 2012.

PULITANO’ D. “Tempeste sul penale, Spazzacorrotti e altro”, in diritto penale contemporaneo, fasc. 3/2019.

PULITANO’ D. “Problemi dell’ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e dei diritti della persona” diritto penale uomo 23/10/2019, fascicolo 10/2019.

PULITANO’ D. “Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art.4-bis.”, in diritto penale e processo fasc. 5/2019.

ROMANO M. “I delitti contro la pubblica amministrazione – i delitti dei pubblici ufficiali”, Milano, 2019,

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 archivio penale 2019 n.1.

SANTORIELLO C. “La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi”, in Riv. 231, 2019.

SCUDERI G. “Il nuovo traffico di influenze illecite: correlazione con l’attività di lobbying e profili applicativi sui modelli organizzativi”, in Rivista 231, fasc. 01/2020.

SEMINARA S. “Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata”, in diritto penale e processo fasc.5/2019.

SEMINARA S. “La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale” in Dir. Pen. Proc. Fasc. 10/2012.

SESSA A. “La premialità nascosta nel diritto penale del processo” in IASEVOLI “la cd. legge “Spazzacorrotti” croniche innovazioni tra diritto e processo penale”, Bari, 2019.

SEVERINO P. “Senza norme sul lobbismo difficile abbattere l’illegalità”, in diritto penale contemporaneo, 21 giugno 2018.

TRINCHERA T. “Confisca del profitto in caso di prescrizione del reato: la Corte d’Assise d’appello di Milano estende il principio affermato dalle S.U. Lucci anche alla confisca del profitto ex art. 240 co.1 c.p.”, in Diritto Penale Contemporaneo.

TUZZI R. “L’art.578bis c.p.tra vecchi e nuovi orientamenti pretori e nuove formulazioni codicistiche”, in discrimen.

VALENTINI V. “L’impunità del pattista pentito: un congegno deterrente travestito da premio” in “La cd. Legge Spazzacorrotti croniche innovazioni tra diritto e processo penale”, IASEVOLI (a cura di), Bari, 2019.

VANNUCCI A. “Come cambia la corruzione in Italia: pulviscolare, sistemica, organizzata” in “Atlante delle mafie Storia, economia, società, cultura” a cura di CICONTE, FORGIONE, SALES, Soveria Mannelli, Rubettino editore,2016

VARRASO G. “Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell’ente nel d.lgs.231/2001 e non punibilità dell’imputato del reato presupposto”, in rivista 231 n 1/2020.

VARRASO G. “La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n.3 del 2019(cd.”Spazzacorrotti”) trasforma gli art 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina “a termine” in diritto penale contemporaneo, 2019.

VERRUCCHI M. “L’interpolazione normativa dell’art.316-ter comma 1 c.p. nella riforma cd.”Spazzacorrotti” in discrimen, 2019.